



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

## **Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam**

### **Los 30 años de la Constitución brasileña de 1988: ¿madurez o envejecimiento prematuro? El papel de la interpretación constitucional y los actores que influyen en ella.**

*Marcelo Figueiredo* \*

Recepción: 06/02/2019

Aceptación: 11/07/2019

*Palavras-chave:* 30 anos da Constituição Federal; Interpretação; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*Palabras Clave:* 30 años de la Constitución Federal; Interpretación; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **INTRODUÇÃO. A CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Como todos sabem, a Constituição de 1988 foi promulgada por Ulisses Guimarães, que a chamava de constituição-cidadã, em 5 de outubro de 1988, porque a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) que a produziu contou com ampla e inegável participação popular. Foi assim chamada porque, de fato, buscava a plena realização da cidadania.

---

\* Advogado e consultor jurídico em São Paulo, Brasil, Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP, onde também foi Diretor do Curso de Direito (gestões 2005-2009-2009-2013). É Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), seção brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional com sede no México e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). É ainda Professor Visitante de diversas Universidades na América do Sul e Europa (Espanha, Itália e França). E-mail: mfigueiredo@mfaa.com.br



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

O surgimento das primeiras Constituições escritas reflete a constante luta contra o Absolutismo do século XVIII como forma de positivar os direitos e as liberdades fundamentais, duramente conquistados pelos povos ao longo dos séculos.

O constitucionalismo nasce, portanto, como um meio de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos do homem. Hoje ninguém duvida que o verdadeiro constitucionalismo só existe quando voltado a realizar um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 instituiu uma nova ideia de Direito e uma nova concepção de Estado, o Estado Democrático de Direito, que inspira os princípios e valores que incorporam um componente revolucionário de transformação da situação então preexistente.

Como ensina José Afonso da Silva (2003, p. 127), a Constituição de 1988:

(...) busca valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, como promete o seu “Preâmbulo”. São valores que buscam construir uma sociedade livre, justa e solidária; valores que se voltam para a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Esses valores são fundamentos da República, que se quer autenticamente democrática. A Constituição optou por uma sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, econômicas, culturais e ideológicas. Ora, optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. E a função do pluralismo consiste precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis.

A Constituição de 1988 refletiu em larga medida as aspirações populares daquele momento histórico que tinha como antecedente vinte anos de ditadura e repressão. Talvez por isso ela tenha sido tão detalhista, analítica, e até pretensiosa, pois regulou os mais variados assuntos do poder, dos direitos (individuais, sociais, econômicos, coletivos, difusos), da administração pública, das minorias, da ordem econômica, social e cultural, dentre outros. A tal ponto foi essa regulação ampla, que muitos cientistas políticos dizem que a Constituição de 1988 incorporou inúmeras políticas públicas não deixando muito espaço ou liberdade ao legislador ordinário para agir.

Também os seus críticos lhe atribuem defeitos corporativos como excesso de estatismo, monopólios indesejáveis, generosidade excessiva com várias carreiras de Estado, uma grande preocupação com a igualdade, ausente na mesma proporção uma preocupação com o desenvolvimento e a criação de riquezas.

Vamos encontrar críticos e defensores da Constituição de 1988, não há dúvida. E não é nossa intenção fazer um balanço analítico de suas eventuais virtudes e de seus possíveis defeitos.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospetiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

É certo que a Constituição de 1988 foi influenciada por diversas outras Constituições europeias que lhe antecederam no tempo e que também saíam de períodos ditatoriais, como foi o caso de Portugal, da Espanha, da Itália e mais remotamente da Alemanha.<sup>1</sup>

Havia sim, àquela época, uma crença arraigada de que era preciso garantir direitos na Constituição. Com a ampla participação e mobilização popular havida na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) o resultado não poderia ser outro senão o de (tais categorias de) incrustar em seu texto muitos benefícios e às vezes, sem as correspondentes contrapartidas de receita, para o gozo de alguns desses mesmos direitos.

De outra parte também o texto original teve inegáveis méritos. Erigiu um capítulo primoroso de direitos e garantias fundamentais, que nada deve a nenhum Estado Constitucional contemporâneo. Ampliou a fiscalização e a prestação de contas públicas, aperfeiçoou o acesso ao Poder Judiciário, concedeu amplos poderes ao Ministério Público (talvez em demasia) e tentou equilibrar mais a federação brasileira, acatando a velha tese da autonomia municipal de modo expresso.

Ainda na coluna de problemas, podemos listar um balanceamento defeituoso entre os Poderes, sobretudo entre o Executivo e o Legislativo<sup>2</sup>; um excesso de regulação de matérias que poderiam estar melhor alocadas na legislação ordinária; a falta de compromissos éticos e de disciplina partidária o que enfraquece ainda mais os já combatidos partidos políticos, um sistema eleitoral casuístico etc.

---

<sup>1</sup> A Constituição de 1988 é classificada pela doutrina constitucional como compromissória, analítica e dirigente.

<sup>2</sup> Muitos acusavam a Constituição de 1988 de trazer um modelo que impedia a governabilidade por várias razões: o diagnóstico de ingovernabilidade baseia-se em teorias que enfatizam os efeitos das instituições políticas sobre a capacidade do governo de obter apoio legislativo para o seu programa de governo. Ou seja, a natureza das relações entre o executivo e o legislativo depende do formato de diversas instituições, desde o sistema eleitoral até a forma em que o estado e o governo se organizam. De acordo com esse diagnóstico, como o sistema de governo brasileiro é presidencialista, ou seja, presidentes e deputados são eleitos por diferentes tipos de eleitorado, o conflito entre executivo e legislativo seria intrínseco. O presidente e os parlamentares devem seus mandatos a eleitorados distintos e, portanto, têm preferências distintas por políticas públicas. O executivo, eleito pela maioria está preocupado com políticas de interesse geral, enquanto os parlamentares, eleitos por eleitorados específicos, grupos de interesses locais ou regionais se voltam para as políticas particularistas que atendam a seus eleitores. Há claro outros fatores, como o multipartidarismo desenfreado, a assimetria federativa com passagem de encargos do governo central para os governos regionais e locais sem a correspondência recebida ou clareza de tarefas transferidas, a crônica má distribuição de renda apesar do nominal federalismo cooperativo, o excesso de poderes da Presidência da República com o abuso das medidas provisórias, a licenciosidade dos parlamentares que podem passar ao Executivo e aos Ministérios e voltarem ao Legislativo sem cerimônia, a blindagem dos políticos com foro privilegiado distorcido e excessivo para um número considerável de pessoas – evidente privilégio – o inchaço da Administração Pública com cargos em comissão em número desproporcional aos efetivos, o nepotismo, a corrupção, a violência social a confortável confusão entre o público e o privado, etc. Nem todos os problemas são de origem constitucional, mas alguns sim. É bom lembrar que o Direito em geral e o Direito Constitucional em particular tem seus próprios limites e possibilidades.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Mas é bom recordar. Falamos da Constituição de 1988 em seu texto original, que hoje não mais subsiste, após a introdução de nada menos que 95 (noventa e cinco emendas) até maio de 2017<sup>3</sup>.

A primeira linha de reformas substantivas ocorreu com a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro.

A Emenda Constitucional n. 6/95 suprimiu o artigo 171 da Constituição que trazia o conceito de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma emenda permitiu que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional.

A Emenda Constitucional n. 7/95 modificou o artigo 178 não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais, nem que fossem brasileiros os armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, dois terços dos tripulantes.

A segunda linha de reformas modificou a feição da ordem econômica brasileira com a flexibilização dos monopólios estatais, como o gás canalizado aos Estados, as telecomunicações, o petróleo e seus derivados.

A terceira linha de transformações econômicas operou-se sem alterar o texto constitucional, mas envolveu a privatização com várias leis ordinárias iniciadas com o Programa Nacional de Desestatização, concessão de serviços públicos a empresas privadas e privatização de empresas de vários setores estratégicos da economia.

Posteriormente tivemos em 1998 a reforma administrativa, que trouxe várias alterações na administração pública em geral, e a reforma previdenciária parcial.

De 1999 a 2016 tivemos inúmeras Emendas tratando dos mais variados assuntos, sobretudo relativos às finanças públicas e à ordem tributária e financeira, algumas envolvendo direitos sociais, e outras relativas a pagamentos de dívidas do Estado ao particular.

Com razão Luís Roberto Barroso (2001, p. 313) que atribui à Constituição de 1988 o sucesso político-institucional por ter instrumentalizado a travessia de uma longa ditadura de quase um quarto de século para um Estado Democrático de Direito. Como defeitos evidentes aponta

---

<sup>3</sup> Em seu vigésimo aniversário a Constituição Federal de 1988 já tinha incorporado em seu texto original várias modificações, oriundas de 56 emendas constitucionais e de 6 emendas revisionais, totalizando 62 emendas.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

um texto casuístico, prolixo e corporativo e, por fim, como consequência inevitável, a mutação constitucional por conta das sucessivas emendas a que esteve sujeita.

## **A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS REFORMAS OU REVISÕES CONSTITUCIONAIS**

As Constituições são feitas para regular a vida de determinada sociedade e não têm prazo de validade. São pensadas para regular o futuro. São medidas em qualidade e estabilidade pela medida do tempo de sua vida útil.

Em geral, quanto mais longeva a Constituição, mais é admirada, pois, em tese, logrou inserir em seu texto, normas e princípios suficientes para arbitrar as instituições e os conflitos entre poder e liberdade, entre direitos e deveres fundamentais, protegendo a todos, o Estado, os indivíduos, as empresas e as minorias.

Não é fácil encontrar mundo afora Constituições que logram vigência e aplicabilidade por um longo período. Pouquíssimas encontramos reconhecidas como centenárias ou bicentenárias como a norte-americana (1789), ou ainda as constituições da Noruega (1814), Bélgica (1831) e Luxemburgo (1868), em vigor desde o século XIX.

Essas Constituições representam, sem dúvida, exceções. A Constituição norte-americana, modelo de Constituição sintética, foi constantemente interpretada (e nessa medida atualizada) pela Suprema Corte norte-americana, sua intérprete constante e final.

Talvez a maior virtude da Constituição norte-americana esteja no que ela não contém. Explico-me: ao ser extremamente sintética deixou largo espaço aos poderes políticos do Estado e à sociedade traçarem seus destinos. Cuidou do que lhe pareceu no passado, essencial, e em aspectos pontuais sofreu 26 emendas ao longo de todos esses 228 anos<sup>4</sup>.

Suponho que a grande virtude das instituições norte-americanas esteja exatamente aí, na capacidade de alterar os rumos mediante um diálogo constante, desacordos, acordos, todos construídos no sistema político (sem sentido amplo).

---

<sup>4</sup> Luís Roberto Barroso (2010, p. 13), sobre o constitucionalismo americano recorda: a) o legado da Corte de Warren: ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais marcada por ser considerada progressista e com condições de promover a revolução humanista que o processo majoritário não era capaz de fazer; b) a Corte Burger onde o pêndulo retornou ao conservadorismo e ao discurso de autocontenção judicial; c) a Corte Rehnquist cuja marca se fez revelar na reestruturação do federalismo com prevalência dos Estados membros, mas foi essencialmente conservadora; d) a Corte Roberts onde a Corte novamente se moveu à direita.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Ao contrário do que poderia um leigo imaginar, a Suprema Corte norte-americana é extremamente comedida e prudente ao selecionar e julgar os casos que entende realmente importantes aos destinos do povo norte-americano.

Para se ter uma ideia de sua atuação, ao longo de 167 anos, em 78 casos, a Corte anulou (derrubou) apenas 86 diferentes disposições de lei federal como inconstitucionais<sup>5</sup>.

Robert A. Dahl (1957) explica que a política nacional nos Estados Unidos é dominada por alianças relativamente coesas que resistem por longos períodos de tempo e que a Suprema Corte, de certo modo, também integra essa aliança nacional dominante.

Os casos mais emblemáticos e importantes, como por exemplo, a decisão de Dred Scott e os casos iniciais do New Deal são exceções a esta generalização. Afirma o autor que a Corte é quase impotente para afetar o curso da política nacional.

Em relação à interpretação constitucional<sup>6</sup> permito-me recordar que conquanto ela tenha peculiaridades que singularizam suas normas e princípios<sup>7</sup>, a ela também são aplicáveis os métodos clássicos de interpretação: a) a interpretação gramatical, b) a interpretação histórica, c) a interpretação sistemática, d) a interpretação teleológica e a integração constitucional com a analogia e os costumes constitucionais.

A eles se agregam, o que para alguns seriam vetores ou cânones de interpretação<sup>8</sup> e para outros, especificidades de uma metodologia exegética exclusivamente constitucional. Para tanto a doutrina especializada menciona os seguintes princípios:

- a) O princípio da supremacia da Constituição;
- b) O princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público;
- c) O princípio da interpretação conforme a Constituição;
- d) Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
- e) O princípio da máxima efetividade da Constituição.

---

<sup>5</sup> A informação advém de Robert A. Dahl (1957, p. 279), que esclarece: “Na verdade a questão é um pouco ambígua. Parece ter havido setenta e oito casos em que a Corte julgou inconstitucionais disposições de leis federais. Sessenta e quatro diferentes atos foram, em sentido técnico, interpretados, e oitenta e seis diferentes dispositivos de lei foram invalidados em alguns aspectos. Há algumas pequenas discrepâncias nos totais”.

<sup>6</sup> Sobre o tema, consultar, dentre outros: José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (2015); Celso Ribeiro Bastos, *Heremênutica e Interpretação Constitucional* (2002); Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição* (2010); de Javier Pérez-Royo, *Curso de Derecho Constitucional*” (2007) e de Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico* (2005).

<sup>7</sup> O fato de a Constituição ser norma superior do ordenamento, a natureza da linguagem constitucional, o conteúdo específico de suas regras e princípios e o caráter político (sentido amplíssimo) de suas normas e princípios singularizam a interpretação constitucional das demais.

<sup>8</sup> Aqui a doutrina se divide amplamente.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Já Javier Pérez Royo (2007, p. 128), respeitado constitucionalista espanhol, lista os seguintes princípios de interpretação constitucional:

- a) Princípio da unidade da Constituição;
- b) Princípio da concordância prática (ponderação dos valores constitucionais);
- c) Princípio da correção funcional (não desvirtuar a distribuição de funções no Estado e o equilíbrio entre os poderes);
- d) Princípio da função integradora (a Constituição deve ser instrumento de agregação e não de desagregação política da comunidade);
- e) Princípio da força normativa da Constituição (o intérprete constitucional não pode desnaturar o texto constitucional já que a Constituição é o limite da interpretação, por outro lado, não se deve restringir indevidamente a liberdade do legislador).

O Brasil sofre a influência de vários tribunais constitucionais que são referências mundiais, como é o caso dos tribunais constitucionais alemão, português, espanhol e italiano.

Por isso mesmo, construções dogmáticas realizadas por essas Cortes acabam influenciando também o Supremo Tribunal Federal.

É o caso da ponderação de bens e interesses que compõem a estrutura do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); é a expansão horizontal dos direitos fundamentais em todos os ramos do Direito.

A Constituição pode sofrer reformas, revisões e ainda, mutação constitucional.

A reforma é um processo de alteração formal de mudança do texto constitucional por atuação de certo órgão, mediante certas formalidades, estabelecido nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.

A reforma é expressão genérica, que abrange a emenda e a revisão, com significações distintas. A reforma é qualquer alteração do texto constitucional.

A emenda é a modificação de certos pontos da Constituição. A revisão é mais ampla e, por isso, exige processos mais lentos e dificultosos que a emenda a fim de garantir a estabilidade do sistema constitucional.

Por fim a mutação consiste em alterar o significado, o sentido e o alcance das disposições constitucionais, por meio de interpretação ou de práticas constitucionais, sem tocar na letra (texto) constitucional.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

## O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É sabido que no Brasil convivem dois modelos de controle de constitucionalidade das leis. O modelo norte-americano ou difuso (via de exceção) e o controle concentrado (abstrato) de matriz europeia.

Atualmente, por força das diversas modificações introduzidas no controle concentrado pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é o principal protagonista da interpretação constitucional no Brasil (controle concentrado), apesar da permanência do controle difuso agora bem mais influenciado pelo primeiro<sup>9</sup>.

Não nos importa tecer considerações analíticas sobre o controle e seu alcance. Basta, para os objetivos propostos, enumerar as modificações que apontam para esse protagonismo.

Confira-se o artigo 103 da Constituição Federal, seus incisos, parágrafos e as Reformas trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/04, Emenda Constitucional n. 61/09, a Lei n.9.868/99, com todas as suas modificações posteriores, e especialmente as Leis n.9.882/99 e n.11.417/06<sup>10</sup>.

O significativo número de ações diretas que tramitam no Supremo Tribunal Federal reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional brasileira<sup>11</sup>. Com a Constituição Federal de 1988, fez-se valer a tese da força normativa dos

---

<sup>9</sup> O protagonismo dos Tribunais Constitucionais, Cortes Constitucionais e Supremas Cortes acentuou-se a partir da Segunda Guerra Mundial na Europa e, mais recentemente, na América Latina, devido a vários fatores como a perda de confiança no Poder Legislativo e no sistema representativo, o caráter analítico dos textos constitucionais e a visão segundo a qual o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais são também parte do poder político (em sentido amplo), tendo a corresponsabilidade de aplicar as normas e princípios constitucionais, inclusive quando há omissão de um dos poderes nesta realização. Na América Latina destacam-se como mais ativistas Colômbia, Costa Rica (Sala Constitucional), e no mundo Índia, Israel, África do Sul e Canadá. Na Europa, Alemanha, Itália, e em alguma medida Portugal e Espanha. Na América do Norte, evidentemente em alguns momentos de sua história, os EUA.

<sup>10</sup> Para detalhamento da matéria recomendamos o capítulo IV de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* (2014, p. 232).

<sup>11</sup> O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal também pode ser constatado a partir de novos instrumentos de que dispõe, como por exemplo: a) o efeito vinculante de suas decisões; b) a repercussão geral no recurso extraordinário; c) a possibilidade da edição de súmulas vinculantes; d) a possibilidade de atuação dos *amicus curiae* no controle concentrado e nas ADPFs; e) as novas técnicas de decisão como a interpretação conforme, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o apelo ao legislador omissivo e as novas técnicas de sentenças e decisões aditivas, a nova latitude da Reclamação, a vinculação à *ratio decidendi* e a transcendência dos motivos determinantes de suas decisões são exemplos eloquentes do que estamos afirmando.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

preceitos constitucionais, o que acarretou no fortalecimento com maior atuação da jurisdição constitucional.

Creio que não encontraremos em nenhum Estado contemporâneo uma Corte Constitucional, ou Suprema com idênticas e amplas competências. Por isso talvez, também houve um aumento significativo da quantidade de dissertações, teses, trabalhos de conclusão de curso (TCC), e artigos científicos escritos sobre o tema e, com eles, a preocupação com o que se convencionou chamar de “ativismo”, conceito bem equívoco e plural, pois serve para significar objetos e realidades distintas.

Antes de falar dele na jurisdição constitucional alerte-se que a produção jurídica e intelectual sobre a matéria começa a notar a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre a força da jurisdição constitucional e sua importância inegável como guardião da Constituição e de seus valores, de um lado, e de outro, a democracia, a deferência para com os demais poderes da República, a necessidade muitas vezes do exercício da contenção judicial, e assim por diante.

Vejamos agora outro fenômeno contemporâneo, que diz respeito à necessidade de diálogo entre tribunais nacionais, cortes supremas e tribunais supranacionais, em prol da cidadania e dos direitos humanos.

Voltando ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, lembramos alguns casos que demonstram o protagonismo político e jurídico do tribunal:

- a) A Ação Penal 470-DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, também conhecida como caso do Mensalão. Nele, o Supremo Tribunal Federal cuidou de importantes temas como a perda automática dos mandatos parlamentares em razão da condenação criminal; da maneira ilícita e imoral de fazer política e sua condenação, dentre outros importantes aspectos;
- b) A constitucionalidade da antecipação do parto de fetos anencéfalos. Descaracterização de crime de aborto (ADPF 54-DF, Relator Ministro Marco Aurélio).

A maioria dos Ministros entendeu neste importante caso que a hipótese não pode ser subsumida ao tipo penal do aborto, seja pela consideração de que esse tipo pressupõe a possibilidade do nascimento com vida, seja por meio da interpretação de vários dispositivos da Constituição Federal.

- c) A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa e a aplicabilidade a fatos anteriores (ADCs 29/DF; 30 DF; ADI 4.578-DF, Relator Ministro Luiz Fux).



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Nesse julgamento, considerou-se que a inelegibilidade pode se instalar ainda antes do trânsito em julgado da condenação, bastando que haja decisão proferida por órgão colegiado.

- d) A constitucionalidade da instituição de cotas em universidades públicas (ADPF n. 186-DF e ADI 3.330-DF, Relator Ministro Carlos Britto).

O Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da instituição de cotas para ingresso nas universidades públicas e no Programa Universidade para Todos (Prouni). Tanto as cotas socioeconômicas como as cotas raciais são legítimas, assim como a combinação de ambas.

- e) Constitucionalidade da Lei Maria da Penha, com a ressalva da regra que condicionava a ação penal à representação da vítima (ADC 19-DF e ADI 4.424-DF, Relator Ministro Marco Aurélio)

O Supremo Tribunal Federal adotou a interpretação que considerou mais protetiva às mulheres, destacando expressamente a importância da Lei Maria da Penha como ação afirmativa destinada a coibir a prática da violência doméstica. A ação penal nesses crimes será sempre incondicionada.

Em todos esses casos, ocorreu o que anteriormente já comentamos. Uma Constituição analítica, ampla como a nossa, muitas questões que antes remanesciam no exclusivo campo da política, são, agora, levadas ao Poder Judiciário em função da escolha operada pelo Constituinte.

A judicialização nem sempre implica em ativismo.

- f) O caso das uniões homoafetivas – o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo (ADI n. 4277, 142 e a ADPF 132);

Inicialmente foi proposta a ADPF n.132. Posteriormente a Procuradora Geral da República propôs, ela própria, uma nova ação, com o mesmo pedido. Sua iniciativa se justificava porque na ação do governador (ADPF), a tese da equiparação entre a união estável e a união homoafetiva só valeria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ao final, as duas ações tiveram julgamento conjunto iniciado em 4 de maio de 2011.

Como se sabe, nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente relações homoafetivas.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes; por consequência, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. De fato, estas parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o Direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejável situação de insegurança. Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de reconhecer juridicamente as relações afetivas informais (isto é, independentemente do casamento), a não extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Esta desequiparação é inconstitucional por uma série de motivos (Barroso, 2012, p. 425).

A ação proposta se assentou sobre dois fundamentos filosóficos. O primeiro deles é que o homossexualismo (ou homossexualidade) é maisé um fato da vida. Seja ela condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Não afeta a vida de terceiros.

O segundo fundamento filosófico da ação proposta consistiu no reconhecimento de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O poder público não pode nem deve praticar ou cancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança aos grupos vulneráveis. Às instituições políticas e jurídicas toca a missão de acolher – e não de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e de intolerância.

Os fundamentos jurídicos se desenvolveram por meio de duas teses centrais. A primeira é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero.

A segunda tese é a de que, ainda que não fosse uma consequência imediata do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, sob pena de se produzir discriminação inconstitucional.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Os princípios em questão são os da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. A analogia, por sua vez, impõe a extensão, a uma hipótese não prevista no ordenamento, da norma aplicável à situação mais próxima. A situação que melhor se equipara à da união afetiva não é, por certo, a sociedade de fato, em que duas ou mais pessoas empreendem esforços para fins comuns, geralmente de natureza econômica. A analogia adequada, conforme se constata singelamente, é a da união estável, situação em que pessoas compartilham um projeto de vida comum, baseado no afeto. Chega-se aqui ao conceito-chave no equacionamento do tema: é, sobretudo, a afetividade, não a sexualidade ou o interesse econômico, que singulariza as relações homoafetivas e que merece a tutela do Direito.

Na primeira ação movida sobre esse tema no Supremo Tribunal Federal, a do Estado do Rio de Janeiro, o governador argumentou com a existência de um grande número de servidores que são partes em uniões homoafetivas estáveis. Diante disso, colocam-se ao Estado e à Administração Pública questões relevantes relativamente às normas sobre licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como sobre previdência e assistência social. A indefinição jurídica acerca da aplicabilidade destas normas aos parceiros de uniões homoafetivas sujeitava o governador, como Chefe da Administração Pública, a consequências jurídicas perante o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público e a Justiça estadual, independentemente da linha de interpretação por ele adotada.

Havia também demandas individuais com diferentes interpretações na justiça estadual do Rio de Janeiro sobre o alcance desses direitos. Era necessária, portanto, uma posição do mais elevado tribunal do país, o Supremo Tribunal Federal para pacificar a matéria.

Não é o caso aqui de discutir pormenores processuais da ação. Passemos diretamente ao pedido formulado.

Como pedido principal, requereu-se ao Tribunal declarar que o regime jurídico da união estável deveria se aplicar também às relações homoafetivas, seja como decorrência direta dos preceitos fundamentais explicitados – igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica – seja pela aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil, interpretado conforme a Constituição.

Como consequência, pediu-se que o Tribunal: interpretasse conforme a Constituição a legislação estadual referida – artigo 19, II e V e artigo 33, do Decreto-Lei n.220/75, alusivos aos direitos de previdência e assistência social naquele Estado (licença, assistência à família, etc.), assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis; declarasse que as decisões judiciais que negam a



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

equiparação jurídica violam preceitos fundamentais protegidos pela ADPF; e, por fim, caso o Tribunal entendesse incabível a ADPF por razões processuais, que fosse recebida como ação direta de inconstitucionalidade (ADI) pelo princípio da eventualidade.

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, a ADPF n.132 e a ADI n.142 foram julgadas conjuntamente, perante um plenário lotado de militantes da causa. Formou-se uma imprevista unanimidade. A súmula da decisão do Ministro Carlos Ayres Britto, assim ficou redigida:

Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo. Expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito à luz do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade humana”: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

E na conclusão de seu voto, o Relator afirmou:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

- g) Nepotismo. Ilegitimidade da nomeação de parentes para cargos em comissão. (ADC 12/2006)

Quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou uma resolução interditando a nomeação de parentes até o terceiro grau de magistrados e servidores para cargos em comissão e funções gratificadas, vários Tribunais de Justiça estaduais do país se insurgiram contra a medida. Havia uma longa tradição de nomeação de parentes para aqueles cargos. Aqueles tribunais afirmavam que tal proibição não poderia advir de resolução, mas sim de lei. Assim, a Associação dos Magistrados Brasileiros



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

(AMB) resolveu propor uma ação no Supremo Tribunal Federal para afirmar a validade da resolução em tela.

E assim o fez em 2 de fevereiro de 2006. Seu argumento central: os princípios constitucionais devem ser direta e imediatamente aplicados, ao menos no seu núcleo mínimo de sentido, independentemente da atuação do legislador e, eventualmente mesmo contra ela. Assim, a proibição do nepotismo decorreria diretamente da Constituição, com base em princípios como o da moralidade e da impessoalidade (art.37, caput, da Constituição Federal).

Distribuída a ação ao Ministro Carlos Ayres Britto, passou a ser identificada como Ação Declaratória de Constitucionalidade número 12.

Em breve síntese, apresentamos os principais argumentos da autora da ação, a AMB: o Conselho Nacional de Justiça tem competência constitucional para zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (art.103, B, §4º, II da Constituição Federal); a vedação do nepotismo é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas; o Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a Constituição; a Resolução n.7/05, do Conselho Nacional de Justiça não afeta o equilíbrio entre os Poderes, por não subordinar um poder ao outro, nem o princípio federativo, por não subordinar um ente estatal a outro; e a Resolução n.7/05 do CNJ não encontra óbice em eventuais direitos de terceiros contratados pela administração e não há qualquer violação aos direitos dos servidores.

Observe-se que anteriormente à propositura desta ação, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n.3.367/DF, já havia definido a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça e de suas competências, tendo em vista, sobretudo, os princípios da separação de poderes e a forma federativa de Estado. Na realidade, parte dos argumentos suscitados contra a Resolução n.7/05 eram mera reprodução daqueles já examinados e rejeitados pelo Tribunal naquele julgamento.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12 teve seu pedido cautelar julgado em 16 de fevereiro de 2006. Foi concedida medida liminar por maioria ampla, registrado apenas um voto contrário.

Manteve-se a vigência da Resolução, em síntese, em atenção aos princípios republicanos, da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.

No dia seguinte, em 21 de agosto, como desdobramentos desse julgamento, foi aprovada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante n.13, explicitando que a vedação do nepotismo se estende aos três Poderes, com a seguinte redação:



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta ou indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal.

As súmulas são proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por dois terços de seus membros sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do artigo 103-A e seguintes acima citados.

Ao contrário do direito norte-americano, a súmula vinculante sempre estará representada por um enunciado literal ainda que vago e impreciso, enquanto no sistema *stare decisis*, não raramente, haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e assim possuem sua vinculação normativa.

No direito norte-americano inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes.

Por sua vez, a súmula vinculante possui força em razão da autoridade que a promulga. A prescrição legislativa que o Supremo Tribunal Federal passa a formular começa a valer após sua publicação com força de lei, geral e abstrata e para o futuro, independentemente dos casos que a embasaram, como também não a acompanham os fundamentos dos acórdãos que a originaram.

No regime brasileiro, apenas o Supremo Tribunal Federal pode emitir súmulas vinculantes.

Georges Abboud (2016, p. 595) recorda um aspecto importante:

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela Emenda Constitucional n.45/2004, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do §3º do artigo 103-A da CF, a vinculação proposta é tamanha que, da maneira como foi aprovada, não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de – sem nenhum exagero – podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de apreender a razão.

Afirma (Georges Abboud, 2016, p. 603)



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Assim, as súmulas vinculantes são textos normativos que objetivam prescrever novos critérios legais para serem aplicados futuramente pelos juízes e tribunais, tais como as leis, as portarias, decretos. O que não se pode admitir é que as súmulas vinculantes, por serem oriundas de uma atividade jurisprudencial do STF, tenham maior relevo que os demais textos normativos da ordenança jurídica.

Segundo o autor, a súmula vinculante no Brasil assemelha-se ao instituto análogo de Portugal, o chamado assento, porque se desvincula dos julgados que o formaram e passa a ter autonomia, sem ligação concreta com os casos que a formularam.

Inicialmente vale lembrar que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais inseridos na Constituição brasileira, determinam uma pluralidade de posições jurídicas aos seus titulares.

Significa dizer que o titular do direito, por exemplo, à educação básica, pode investir-se na posição de credor da prestação estatal de fornecimento de vagas nas escolas (prestação tipicamente positiva), como também tem direito a exigir do Estado que não turbe o exercício do seu direito, que não lhe proíba o acesso à educação (prestação negativa).

É comum tanto na doutrina quanto na jurisprudência atribuir-se subjetividade aos direitos em suas dimensões negativas, mas não fazê-lo, ou fazê-lo com menor intensidade, em sua dimensão positiva.

São direitos também de sobrevivência. A Constituição de 1988 foi bastante generosa na consagração desses direitos. Na medida em que a erradicação da miséria e o combate às desigualdades sociais são objetivos da República, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal, é possível afirmar que os direitos fundamentais sociais são um bom caminho para diminuir as diferenças sociais e afirmar o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades.

Um bom exemplo na jurisdição constitucional é a ADPF n.45, que teve como Relator, o Ministro decano (mais antigo) do Tribunal, Celso de Mello. Apesar de ter sido julgada prejudicada por razões de natureza processual, o Ministro deixou clara a posição do Supremo Tribunal Federal quando estão em discussão direitos sociais.

Com razão Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 264, p. 267) quando afirma que também por parte do Poder Executivo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando em ambiente político favorável à ascensão do ativismo judicial. [...] Nossa atual dinâmica político-institucional vêm conferindo muito mais segurança e liberdade para a Corte em comparação às ações e reações políticas do passado. Estabilidade democrática e fragmentação do poder político são variáveis correlacionadas que podem explicar o novo padrão de relações institucionais entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

A fragmentação do poder político a variedade de partidos políticos e a incerteza eleitoral têm feito do Supremo Tribunal Federal fator do desejado equilíbrio de poder.

No lugar de reações muito negativas às decisões, os atores e partidos políticos estão sempre acionando a Corte para contestar, derrubar, postergar ou desacreditar leis que não puderam impedir na arena político-deliberativa, repercutindo para a sociedade ideias que futuramente poderão se tornar dominantes.

## AS INTERAÇÕES ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Quando falamos em Constituição imediatamente nos vem a mente toda a experiência histórica do constitucionalismo do século XVIII e seus movimentos revolucionários.

Hoje o constitucionalismo vai além. Inclui os direitos fundamentais, compreendendo os direitos, as liberdades (dos franceses) e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, além de toda a proteção que deles se requer em âmbito nacional, supranacional e internacional.

Fala-se hoje em constitucionalismo *multinível*, rede de *interconstitucionalidade*. Os sistemas internacionais e os sistemas internos não constituem unidades separadas, mas integradas.

O processo de universalização do Direito e, particularmente do Direito Constitucional, criou para além dos direitos domésticos dos Estados, um sistema político integrado a vários níveis com uma regulamentação própria<sup>12</sup>.

Hoje vivemos o fenômeno do *pluralismo jurídico*<sup>13</sup> e o *pluralismo constitucional*.

O pluralismo constitucional se define como um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada um com sua própria Constituição, mas ausente o fenômeno da hierarquia entre eles. É sabido que com a globalização ou mundialização há uma maior interdependência em um número cada vez maior de temas e matérias, como por exemplo, o meio-ambiente, a saúde, a propriedade intelectual, a proteção dos consumidores, a imigração de pessoas e os direitos humanos.

---

<sup>12</sup> Vide Cristina Queiroz, *Direito Constitucional* (2009). Em sentido próximo vide Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*” (2012).

<sup>13</sup> O conceito de pluralismo jurídico promove a ideia de que existe uma interação entre os distintos ordenamentos jurídicos. Nenhuma constituição é um universo em si mesmo, mas um “*pluriuniverso*” normativo, como é o caso eloquente do Direito Europeu.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Os Estados já não conseguem efetivamente regular esses temas de forma satisfatória em suas fronteiras e limites. Necessitam a colaboração de outros Estados fazendo com que haja uma necessária integração, seja por intermédio de tratados internacionais, organizações internacionais ou redes intergovernamentais transnacionais.

O caso da União Europeia é um exemplo eloquente de produção de normas para além dos Estados que vinculam a esses mesmos Estados. O direito europeu, como sabemos, detém primazia em uma série de matérias e efeito direto sobre o direito interno.

O *pluralismo jurídico*<sup>14</sup> também é reforçado pela pluralidade de fontes do direito que não se subordinam à Constituição doméstica dos países ou Estados individualmente considerados.

De um lado a *interdisciplinaridade* e a *multidiversidade* constituem hoje característica do direito moderno, inclusive constitucional<sup>15</sup>. De outro lado, um sistema de proteção *multinível*<sup>16</sup> dos direitos fundamentais no continente europeu e regional no continente sul-americano, são hoje características de todos os sistemas de proteção.

Marcelo Neves (2012) observa que a sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir o conceito de sociedade mundial com a noção controversa de globalização.

Outro tema muito importante que atualmente diz respeito à interpretação constitucional é o atinente à relação entre os dois níveis existentes no sistema interamericano de direitos humanos: um nível nacional que se baseia na obrigação de cada Estado de garantir os direitos e liberdades reconhecidos nos instrumentos interamericanos de direitos humanos, assim como condenar e reparar as violações a esses direitos.

E o nível regional. Se um caso concreto não é solucionado nacionalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos contempla um nível regional de potencial alcance hemisférico, que opera inicialmente como instância semijudicial a cargo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se o caso não é resolvido satisfatoriamente em âmbito nacional ou ainda, em segunda, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>14</sup> Vide Aida Torres Pérez, *En defensa del pluralismo constitucional* (2011).

<sup>15</sup> Vide Armin Von Bogdandy, *Del Paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva propuesta (mirada) en la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales* (2012).

<sup>16</sup> Vide *El sistema multinivel de protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de Fernando Álvarez (2008).



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

O nível regional tem uma proteção subsidiária, coadjuvante e complementar à oferecida pelo direito interno dos Estados membros do sistema. Em função disso, não trabalha independentemente das instâncias nacionais.

Se um caso é resolvido satisfatoriamente pelos Estados membros, segundo os standards interamericanos, não é necessário levá-lo ao conhecimento da Corte Interamericana. Mas, sob uma ótica global, o sistema interamericano não funciona independentemente das esferas nacionais ou fora do sistema universal dos direitos humanos.

A Corte Interamericana deve conhecer as especificidades de cada Estado membro da região e sua jurisprudência, além dos standards universais desenvolvidos pelas Nações Unidas para que haja uma possível coordenação (mas não subordinação) de todas essas normas e dos vários sistemas envolvidos (nacionais, regionais e universais).

Hoje em dia, em diversos países latino-americanos há a plena consciência de que os juízes nacionais também devem observar a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. Isso por várias razões. A primeira é elementar. Com a constitucionalização do direito interamericano, os direitos humanos passam a ser protegidos em vários níveis, gerando o controle de convencionalidade.

Nessa medida, os juízes nacionais têm o dever de abster-se de aplicar normas de direito interno que contravenham ao direito interamericano. Do mesmo modo, as Cortes e os Tribunais Constitucionais da região devem estar em constante diálogo com a Corte Interamericana para controlar a produção de normas nacionais divergentes ou que afrontem os tratados interamericanos por intermédio de um controle difuso da convencionalidade na região.

Não podemos nos esquecer de que hoje diversos tratados internacionais de direitos humanos integram as Constituições dos países da região, como normas de nível constitucional ou supralegal<sup>17</sup>.

É evidente que pode haver tensões e dificuldades na interpretação e aplicação dessas normas pois não estamos aqui a tratar de um tema que possa ser resolvido pela lógica hierárquica.

O que vemos na prática são alguns países que realizam uma interação frutífera entre a jurisprudência nacional e regional por intermédio de um diálogo integrativo. É o caso da Argentina, da Costa Rica e, sobretudo, da Colômbia.

---

<sup>17</sup> É preciso ainda reconhecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu e desenvolve um papel importante e destacado na defesa e proteção ampla desses direitos na região, tanto na fase mais dura por que passaram os nossos países da América Latina com ditaduras violentas como também posteriormente a elas, procurando proteger grupos vulneráveis, minorias, violações aos direitos sociais, e fortalecendo em síntese os Estados de Direito e os regimes democráticos o que já é por si só meritório e necessário.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Nesses Estados há a consciência de que o controle da constitucionalidade deve ser exercitado pelo intérprete nacional não somente para aplicar as convenções de direitos humanos constitucionalizadas, mas também a interpretação que delas se façam os órgãos convencionais competentes.

Há países mais resistentes a essa postura onde a interação só é admitida a partir da inteligência da jurisprudência interna e em consequência, pode ou não haver convergência entre as normas constitucionais e suas interpretações tomando por base a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É claro e natural que haja, tal como no âmbito interno, diferentes visões e entendimentos acerca da interpretação e aplicação de princípios e normas jurídicas, fenômeno natural. A questão é de outra dimensão. Prega-se que as possíveis tensões entre o nível nacional e o nível regional sejam objeto de um diálogo respeitoso e prudente.

Não há aqui o mecanismo da sanção propriamente, mas o sistema opera com outra lógica. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pode examinar a interpretação dos instrumentos interamericanos efetuada pelos Tribunais nacionais e criar-lhes publicamente embaraços ao publicar as divergências com a jurisprudência interamericana através de relatórios anuais o que implica em maior pressão internacional e da comunidade de direitos humanos contra os Tribunais Nacionais; também não raro ocorre a condenação do Estado a alterar determinada lei que haja sido declarada inconveniente pela CIDH, sob pena de responsabilidade internacional.

Manuel Góngora-Mera (2013, p. 333) ensina que a relação entre cortes hoje atende a um modelo “coevolutivo” de interações com as seguintes características:

1. Policêntrico: Se reconoce la participación de distintos intérpretes de DIDH en la construcción de estándares constitucionales regionales;
2. Integral: Se reconoce que todas las cortes involucradas pueden ser a la vez origen o destino de estándares judiciales, de modo que no puede enfocarse exclusivamente en la acción de una de las partes;
3. Deliberativo: Más que una visión rigurosamente jerárquica del sistema interamericano, el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un primus inter pares, y el sistema interamericano en conjunto se percibe como una red transnacional deliberativa de jueces de derechos humanos que se sostiene sobre la base de la aceptación recíproca de estándares judiciales compatibles con el DIDH;
4. Multidireccional: las relaciones entre las cortes del sistema pueden ocurrir en diferentes direcciones durante un período de tiempo; un proceso de interacción puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes de constitucionalidad nacionales.

As divergências e conflitos de interpretações se resolvem de maneira não hierárquica, mas a partir do princípio pro *homine*: a prevalência não está estabelecida pela natureza da corte que



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

interpreta o dispositivo. Os dispositivos que ofereçam maior proteção (mais ampla) aos direitos humanos reconhecidos pelas Convenções aplicáveis prevalecem sobre aqueles mais restritos, independentemente da jurisprudência nacional ou do sistema interamericano .

## SÍNTESE CONCLUSIVA

1ª) O constitucionalismo nasce, portanto, como um meio de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos do homem. Hoje ninguém duvida que o verdadeiro constitucionalismo só existe quando voltado a realizar um Estado Democrático de Direito.

2ª) É certo que a Constituição de 1988 foi influenciada por diversas outras Constituições europeias que lhe antecederam no tempo e que também saíam de períodos ditatoriais, como foi o caso de Portugal, da Espanha, da Itália e mais remotamente da Alemanha.

3ª) Com razão Luís Roberto Barroso ao atribuir, em 2001, à Constituição de 1988 o sucesso político-institucional por ter instrumentalizado a travessia de uma longa ditadura de quase um quarto de século para um Estado democrático de Direito. Como defeitos evidentes aponta um texto casuístico, prolixo e corporativo e, por fim, como consequência inevitável, a mutação constitucional com as sucessivas emendas a que esteve sujeita.

4ª) À interpretação constitucional são aplicáveis os métodos clássicos acrescidos de alguns vetores ou cânones de interpretação específicos: o princípio da supremacia da Constituição, da interpretação conforme à Constituição, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática (mediante ponderação de valores constitucionais), dentre outros.

5ª) A Constituição ao longo de sua existência pode sofrer reformas, revisões ou mutações constitucionais por meio da interpretação.

6ª) O significativo aumento de ações diretas que tramitam no Supremo Tribunal Federal reflete não só o incremento do controle abstrato, mas também da própria jurisdição constitucional.

7ª) Os julgados comentados do Supremo Tribunal Federal revelam um extraordinário protagonismo institucional daquela Corte, sobretudo após 1988.

8ª) Os sistemas internos e internacionais estão cada vez mais interligados e integrados. Fala-se hoje em constitucionalismo multinível, rede de interconstitucionalidade para explicar esse fenômeno.

9ª) Hoje vivemos o fenômeno do pluralismo jurídico e o pluralismo constitucional.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

10<sup>a</sup>) Atualmente, em diversos países latino-americanos, há a plena consciência de que os juizes nacionais também devem aplicar e observar a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abboud, G. (2016). *Processo constitucional brasileiro*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.
- Alvarez, F. (2008). El sistema multinível de protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*. Thomson Aranzadi.
- Barroso, L. R. (2009). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Renovar.
- Barroso, L. R. (2010a). A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Revista Interesse Público*, 59.
- Barroso, L. R. (2010b). *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Saraiva.
- Barroso, L. R. (2012). *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Editora Forum.
- Bastos, C. R. (2002). *Hermenêutica e interpretação constitucional*. Editorial Celso Bastos e IBDC.
- Bogdandy, A. V. (2012). Del Paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva propuesta (mirada) en la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. En *Internacionalización del derecho constitucional*. Eudeba.
- Campos, C. A. de A. (2014). *Dimensões do ativismo judicial do STF*. GEN, Editora Forense.
- Dahl, R. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6(2).
- En defensa del pluralismo constitucional”, na obra, “Derecho Constitucional Europeo (Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España)*. (2011). Tirant lo Blanch.
- Figueiredo, M. (2016). Diálogo Interjurisdiccional Entre Tribunais Nacionais e Internacionais no Brasil. En *A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais*. Editora Lúmen Juris.
- Gongóra Mera, M. E. (s/f). Interacciones y Convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: um enfoque evolutivo. En *Estudos Avançados de Direitos Humanos*. Elsevier, Campus.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. WMF Martins Fontes.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.
- Queiróz, C. (2009). *Direito Constitucional*. Editora Coimbra e Revista dos Tribunais.
- Silva, J. A. da. (2003). A Luta Pela Constituição. *Cadernos de Soluções Constitucionais, I*.
- Silva, J. A. da. (2015). *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Malheiros Editores.



Figueiredo, Marcelo. “Os 30 Anos da Constituição brasileira de 1988: maturidade ou envelhecimento precoce? O papel da interpretação constitucional e dos atores que nela influenciam?”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 9, número 17, enero – junio 2018, pp. 105-127, ISSN 2007-8137

Silva, V. A. da. (2005). *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. En *Interpretação Constitucional*. Malheiros Editores.