

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: report 2010-2011*

Leonardo Martins**

I. O CONTEXTO

Depois do Supremo Tribunal Federal (STF) ter feito, no período anterior (2009-2010), uso exagerado do novel instituto da súmula vinculante, que fora inserido pela EC 45 de 8 de dezembro de 2004¹ e regulamentado pela lei n.º 11.417 de 19 de dezembro de 2006, ao aprovar as súmulas vinculantes 15 a 31, dentre elas algumas sem observância rigorosa do requisito constitucional da presença de reiteradas decisões no sentido do texto a ser prescrito pela súmula, aprovou, no período ora em pauta, tão-somente uma súmula vinculante, a súmula vinculante 32, relativa a uma questão tributária. Se isso revela uma nova tendência e com isso um cuidado maior na observância dos pressupostos constitucionais para a aprovação de uma súmula que vincula todos os demais órgãos judiciários, assim como também a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a comunidade jurídica e política só poderá saber após sua eventual corroboração nos próximos anos. Se a tendência se confirmar, trata-se indubitavelmente de algo

* Colaboraram os seguintes membros da base de pesquisa «Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional», da UFRN, por mim coordenada: Guilherme Arruda, Jairo de Souza Moura e Richardy Videnov. A eles meus sinceros agradecimentos.

** Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) e doutor (*doctor iuris* - *Dr. iur.*) em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha. Pós-doutorados pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universidade de Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universidade de Potsdam (*fellow* da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor visitante da Humboldt-Universität zu Berlin. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

1 Segundo o art. 103-A, caput da CF: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

a ser saudado, pois a inserção da súmula vinculante pelo constituinte derivado foi e continua sendo polêmica, principalmente porque tem o condão de abrir uma competência genuinamente legislativa e, por vezes, até constituinte à corte suprema que, nunca é demais lembrar, deve ser «guardiã» e não «senhora» da ordem constitucional vigente.

Nada obstante, dentre as selecionadas três decisões mais importantes do período abaixo sucintamente apresentadas e analisadas, apenas uma delas («Marchas da Maconha») pode ser considerada uma decisão que, apesar de alguns cabíveis reparos jurídico-dogmáticos, observa os limites da fiscalização da constitucionalidade de atos do poder público em sentido amplo.

No mais, a grande divergência em torno do controle de constitucionalidade da «lei da ficha limpa» (seis votos pela inconstitucionalidade de sua imediata aplicação e cinco votos contra) fala por si ao revelar a dificuldade da corte de se apartar dos conflitos político-partidários encontrados por trás de questionamentos de constitucionalidade e, também, em assumindo uma indevida postura política, de sequer chegar a um consenso em torno de questões políticas de tal relevância.

Por fim, o STF parece buscar uma legitimidade especial no atendimento de demandas políticas tidas por progressistas que, todavia, não encontram guarida no texto constitucional e, por se tratar de conformação de institutos de direito de família, i.e., de garantias institucionais privadas, precisam obrigatoriamente passar pelo processo legislativo formal. Nesse contexto, continua havendo um grande abuso da técnica decisória da interpretação conforme a Constituição.

II. DECISÕES RELEVANTES DO STF (PERÍODO 2010-2011)

1. Lei da Ficha Limpa (RE 633.703 - relator Min. Gilmar Mendes)

Por maioria, o STF deu provimento, em 23 de março de 2011, a um recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que teria violado dispositivos da Constituição Federal, ao aplicar uma das novas hipóteses de inelegibilidade impostas por lei complementar, apenas quatro meses antes das eleições. O recorrente teve seu registro de candidatura às eleições de 2010 denegado em decorrência de condenação pelo Tribunal Regional Eleitoral por crime doloso de improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, inc. I, alínea 'I', da LC 64/1994, com a redação determinada pela LC 135/2010, aplicada a pena de suspensão dos seus direitos políticos.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

a. Direitos fundamentais envolvidos

O recorrente alegou violação aos princípios da não-culpabilidade, da irretroatividade da lei e da anterioridade da lei eleitoral com fulcro nos arts. 5º, incs. LVII e XXXVI, e 16 da CF, os quais determinam, respectivamente, que «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória», que «a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada» e que a «lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência». A possível violação à norma do art. 16 protagonizou os debates. Com efeito, questionou-se se as novas causas de inelegibilidade constituiriam ou não alteração no processo eleitoral. Tal princípio da anterioridade configura, no sistema jusfundamental brasileiro, um direito fundamental de *status activus*, natureza que se deduz por fechar o capítulo IV («Dos direitos políticos») que, por sua vez, faz parte do título II da Constituição Federal, intitulado «Dos direitos e garantias fundamentais».

b. Decisão do STF: fundamentos e efeitos

O STF deu provimento ao RE 633703, e, por seis votos a cinco, decidiu pela inconstitucionalidade do acórdão do tribunal *a quo*. Na fundamentação do voto do relator, foi evocado, por analogia, o precedente estabelecido na ADI 3.685, na qual se reconheceu o caráter de garantia fundamental ao princípio da anterioridade tributária. O art. 16 da CF representaria uma efetiva garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos e para o «devido processo legal eleitoral». A aplicação imediata da «Lei da Ficha Limpa» representaria restrição a direitos e garantias fundamentais tanto do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato, como também dos próprios partidos políticos. No mais, o princípio da igualdade, em específico, o princípio da igualdade de chances e condições na competição eleitoral restaria violado.

O Tribunal reconheceu, ainda, por unanimidade e nos termos do voto do relator, a repercussão geral da questão relativa à aplicação da lei complementar n.º 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral, tendo autorizado os relatores a, monocraticamente, aplicarem o artigo 543-B do Código de Processo Civil, que trata da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

c. Análise crítica

Apesar de impopular, tendo em vista a reivindicação política de formadores de opinião e da parcela esclarecida da população brasileira pelo impedimento da participação de candidatos com antecedentes criminais, a decisão merece anuência. Questionável poderia ser o não-exame da possível violação do princípio da não-culpabilidade, uma vez que, nas próximas eleições de 2012, a LC 135/2010 não incorrerá na vedação do art. 16 da CF.

A não-presença de causas de inelegibilidades como condição de elegibilidade tal qual determinada pela LC 135/2010 não configura sancionamento penal, mas requisito para a candidatura. Outrossim, o art. 14, § 9º, da CF, segundo o qual Lei Complementar estabelecerá novos casos de inelegibilidade tendo em vista a proteção da probidade administrativa, da moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e da normalidade e da legitimidade das eleições afasta qualquer possibilidade de confusão hermenêutica. Corroborar esse entendimento o simples reconhecimento de que o princípio da não-culpabilidade previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF, tem sua incidência restrita à ação penal e não na condenação por atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, a CF prescreve, no art. 37, § 4º, que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, não prejudicam a ação penal cabível. Dessa feita, a inelegibilidade decorrente do art. 1º, inc. I, alínea 'I', da LC 64/1994 com a nova redação determinada pela LC 135/2010 não consistira em violação do art. 5º, inc. LVII, da CF. De igual feita, por não se tratar de sancionamento penal não caberia falar em retroatividade da lei para atingir fatos pretéritos desabonadores do candidato, afastando-se, portanto, a alegação de violação ao art. 5º, inc. XXXVI da CF.

Os interesses constitucionalmente assegurados como a probidade e a moralidade legitimariam, assim, restrições ao acesso aos mandatos eletivos, ainda que não verificado o trânsito em julgado da condenação, desde que proferida por órgão colegiado.

2. Uniãoes homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132 - relator Min. Carlos Britto)

a. Síntese do caso

Em ação do controle normativo abstrato (ação direta de inconstitucionalidade), requereu-se que o art. 1723 do Código Civil seja interpretado conforme a Consti-

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

tuição, a fim de que os efeitos da união estável civil sejam estendidos aos pares de orientação homossexual. Buscou-se firmar a interpretação extensiva da expressão «entre o homem e a mulher» contida no dispositivo em pauta, para que não gozem dos benefícios somente os casais heterossexuais.

Em ação anterior (ADPF 132/RJ), depois assimilada pela ADI 4277, buscou-se ampliar os benefícios previdenciários concedidos aos parceiros homossexuais pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (arts. 1º e 2º da lei estadual 5034/2007) para outras esferas, igualando-os no mesmo regime jurídico daqueles servidores que se encontram em união estável heterossexual.

b. Fundamentos da decisão

A ADPF 132 foi, como aludido, recebida, por decisão unânime, como ADI 4277. No mérito, também por decisão unânime, decidiu-se pela procedência da ADI que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Dessa feita, os pares homossexuais passam a gozar de todos os efeitos da união civil estável, sendo considerados, segundo a interpretação pretoriana do art. 1723 do Código Civil, como «entidade familiar», também garantida pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Entre os direitos decorrentes, está o de adoção, previsto no art. 227, § 5º, da CF.

Dentre os motivos determinantes, o relator destacou os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); do pluralismo político (art. 1º, V), que ele entende por sócio-político-cultural; da vedação à discriminação por orientação sexual (art. 3º, IV); da igualdade, que ele cunha como «civil-moral» (art. 5º, *caput*); da legalidade (art. 5º, II); da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).

Mencionando as referidas normas constitucionais sem aprofundar nos seus respectivos exames, entendeu o relator que o art. 226, § 3º, não proíbe a união estável de pares homossexuais, porque representaria uma norma geral negativa no sentido kelseniano, dada a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º). Existiria uma aceitação social que não seria vedada pelo silêncio constitucional quanto à proibição.

c. Leitura crítica

O voto do relator não enfrentou a questão objeto do exame a partir do parâmetro constitucional aplicável. Em primeiro lugar, a tese da não-proibição não tem o condão de estabelecer uma nova interpretação para o claro teor do art. 226, § 3º, da

CF. Não ser proibido implica tão-somente que um *comportamento* não possa ser sancionado, e não que o Estado deva assegurar uma proteção especial *institucional*. Também, por mais que tenha feito referência à adoção, não deixou claro que posição adotou com relação ao casamento homossexual, dada a previsão de que a lei facilitará a conversão da união estável (art. 226, § 3º, *in fine*).

Nesse sentido, há insegurança jurídica que provavelmente retornará para ser sanada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse período pós-decisão, é possível observar alguns posicionamentos arquetípicos por parte da jurisdição de primeiro grau: a) a autorização para conversão em casamento; b) a negativa por entender que a decisão não abarca tal disposição; e c) a negativa por falta de lei específica. Essa última, particularmente, demonstra um aspecto importante que também não fora devidamente instruído.

No que tange à dogmática jurídico-constitucional, não há como verificar uma incompatibilidade entre o objeto do exame, art. 1.723 do Código Civil, e o único parâmetro de julgamento adequado, que é o art. 226, § 3º, da CF, porque o primeiro praticamente reproduz o teor do último. A forma mais inequívoca para alcançar tal avanço social seria, como bem ressaltou Gilmar Mendes, por intermédio do Legislativo. Poder-se-ia, em primeiro lugar, partindo-se da não-vedação, simplesmente mudar o conteúdo do art. 1.723 do Código Civil, retirando-se dele a expressão «entre o homem e a mulher». No entanto, para se evitar possíveis revogações ou derrogações, faz-se necessária uma emenda constitucional (art. 60 da Constituição) para que a expressão restritiva seja retirada, também, do art. 226, § 3º, da CF.

No mais, trata-se de um direito fundamental cuja área de proteção tem cunho normativo e não comportamental. Trata-se, com efeito, de uma garantia institucional e como tal de um direito a um aparato normativo que configure os institutos do casamento e outros do direito de família. Por isso, somente o legislador formal pode dar conteúdo a tal garantia.

Também, a «interpretação conforme a Constituição», técnica decisória de mitigação dos efeitos da coisa julgada proveniente do direito constitucional alemão e tão recorrentemente abusada na jurisprudência do STF, pressupõe amplo debate entre as várias interpretações possíveis, devendo a Corte escolher aquela que for mais compatível com os parâmetros constitucionais aplicáveis. Esse debate não ocorreu nos votos de todos os membros da Corte que participaram do julgamento. Houve, como infelizmente tem ocorrido com bastante frequência, uma má utilização dessa técnica de modulação de efeitos da coisa julgada, que, originalmente, no direito constitucional alemão, tinha a função de preservar a lei de uma declaração de nulidade. Na prática jurisprudencial constitucional

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

brasileira, o uso da referida técnica tem servido à usurpação de competências legislativas pelo STF.

Por fim, todos os demais parâmetros trazidos no voto do relator e dos demais não são relevantes ou aplicáveis no caso. Por exemplo, não há que se falar em violação da igualdade de gênero, pois casais homossexuais femininos ou masculinos são tratados da mesma forma pela lei, e também não se pode falar em possível violação da igualdade geral, pois a configuração infraconstitucional do direito de família reflete a evolução sócio-política de um instituto jurídico; muito menos em princípio da legalidade, que seria aplicável somente a um direito fundamental de cunho comportamental e de *status negativus*. Para o reconhecimento da extensão dos efeitos da entidade familiar (instituto jurídico de família) «união estável» ou mesmo o casamento aos casais homossexuais, o legislador ordinário pode atuar, sendo exigido tão-somente uma maioria simples, pois não haveria incompatibilidade em face do art. 226, § 3º, da CF ou, em se querendo obrigar o legislador a fazê-lo, deve-se aprovar como aludido uma EC para retirar do art. 226, § 3º, da CF a expressão restritiva «homem e mulher».

3. «Marchas da Maconha» (ADPF/DF 187 - relator Min. Celso de Melo)

No dia 15 de junho de 2011, o Pleno do STF apreciou a arguição de descumprimento de preceito fundamental —ADPF 187— cujo objeto era a interpretação do art. 287 do Código Penal² que define o tipo penal do crime de apologia ao crime, quando aplicado a reuniões pacíficas de reivindicação da descriminalização da substância entorpecente *cannabis sativa*. Em decisão unânime, o STF julgou procedente a ADPF para dar ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, «de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização de drogas, ou de quaisquer substâncias entorpecentes, inclusive através de manifestações, reuniões e eventos públicos».

a. Síntese do caso, procedimento e direitos fundamentais envolvidos

A «Marcha da Maconha» é um movimento que surgiu na esteira da *Global Marijuana March*, evento que acontece em centenas de cidades ao redor do mundo, e, assim

2 Trata-se de dispositivo legal pré-constitucional. O crime de apologia encontra-se tipificado no Código Penal Brasileiro (decreto-lei n.º 2848 de 1940) em seu art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

como a «Marcha da Maconha», apresenta uma postura antiproibicionista em relação à *cannabis sativa*, ou seja, as pessoas que participam desses movimentos se reúnem com o objetivo de protestar contra a proibição dessa substância entorpecente, sempre por meio de reuniões públicas.

O Poder Judiciário brasileiro reagiu às marchas proibindo que as pessoas se reunissem e realizassem tais eventos. A proibição se deu nas principais capitais e em algumas cidades do País.³ As decisões judiciais proibitivas tiveram como fundamento a argumentação de que, em sendo a venda, o preparo e consumo de entorpecentes como a *cannabis sativa* condutas ilícitas, defender publicamente sua legalização, ou descriminalização, também configuraria ilícito penal tipificado como apologia ao crime pelo art. 287, do Código Penal.

O objeto da ADPF ajuizada pelo procurador-geral da República não é, no entanto, rever ou criticar as decisões judiciais, discutir a política brasileira de drogas ou a legislação que versa sobre o tema, mas sim procurar afastar a interpretação do art. 287 que considere típica, culpável e antijurídica a conduta dos participantes da Marcha, interpretação essa que seria, portanto, inconstitucional, ou seja, busca-se dar interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo penal, e não expurgá-lo do ordenamento jurídico, como normalmente se pretende ao se discutir a constitucionalidade em abstrato de determinada norma.

Como aludido, a interpretação conforme é objeto de controvérsia no controle abstrato de constitucionalidade, apesar de seu objetivo de «salvar» da nulidade determinada norma. Como tem efeito vinculante, a interpretação dada pela decisão passa a fazer parte do ordenamento jurídico infraconstitucional, tendo assim força de lei, o que gera críticas por caracterizar verdadeira produção legislativa pelo Poder Judiciário. O Tribunal reconheceu a possibilidade de aplicar a interpretação conforme a Constituição a despeito das manifestações contrárias do presidente da República e do advogado geral da União, que expressaram seus entendimentos de que somente diante do caso concreto se poderia interpretar a norma penal em discussão; sua interpretação não poderia ser discutida em abstrato. Todavia, a exegese difundida em vários órgãos do Judiciário ensinaria o cerceamento de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, art. 5º, incisos IV e IX, e art. 220, da

3 No ano de 2008 a «Marcha da Maconha» foi proibida pelo judiciário nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). No ano de 2009, o movimento foi vedado em de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE).

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CF, e a liberdade de reunião, art. 5º, XVI, da CF, tendo em vista a criminalização da conduta dos participantes da «Marcha da Maconha».

b. Decisão do STF: fundamentos e crítica

O STF julgou procedente por unanimidade a ADPF, dando ao art. 287 do CP interpretação conforme a Constituição, impedindo a aplicação desse dispositivo a manifestações públicas em prol da legalização de substâncias entorpecentes ilícitas.

O relator, na fundamentação do seu voto, que foi seguido integralmente por seus pares, afirmou que a «Marcha da Maconha» compreenderia o exercício legítimo dos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento, à liberdade de reunião e de petição. Nesse sentido, o direito de reunião seria um direito-meio, em relação ao direito-fim da liberdade de expressão.

Os preceitos fundamentais violados seriam garantias contramajoritárias, ou seja, de defesa e proteção das minorias políticas, sendo que a livre circulação de ideias no espaço público representaria respeito ao pluralismo político. Revisitando a jurisprudência do STF acerca dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião, o voto do relator reafirmou o entendimento da Corte no sentido de que tais direitos são intimamente relacionados e essenciais à manutenção da democracia no país. Segue a descrição do conteúdo do artigo 5º, XVI, da CF, notadamente dos elementos que compõem tal direito, como a titularidade e os meios do exercício do direito que são protegidos. Em seguida, o relator apresenta as reservas legais que possibilitam ao Estado a limitação de tal liberdade, assim como determina a postura que o Estado deve adotar diante do exercício dessa liberdade, concluindo que ela configura não somente um direito aos cidadãos de resistência contra intervenções do Estado (*Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe*), mas também uma obrigação do Estado de garantir o exercício desse direito, que teria, destarte, um caráter prestacional, além do clássico conteúdo de *status negativus*. Na sequência, vinculou-se instrumentalmente a liberdade de reunião ao direito de petição, positivado no art. 5º, XXXIV, «a», da CF em face do objetivo da marcha, qual seja, pleitear a mudança da legislação. O propósito da marcha verificado pela Corte fora não o estímulo ou defesa do uso de substâncias ilícitas, mas a conduta de se reunir pacificamente para expor, mediante exercício da liberdade de expressão, seu direito de petição quanto à descriminalização, conduta esta entendida como lícita, integrando a área de proteção dos direitos fundamentais suscitados, não podendo ser considerada uma conduta típica em face do art. 287 do Código Penal. No mais, o relator enfatizou a *abolitio criminis*, decorrente da manifestação pública contrá-

ria à proibição de certas condutas pelo Estado, exemplificando com condutas que outrora eram proibidas e passíveis de punição, como da prática da capoeira e o adultério, cujas abolições resultaram da manifestação da sociedade o que possibilitou o avanço da democracia no país.

Em sede de conclusão, a decisão em pauta do STF merece aquiescência. A interpretação e aplicação pelos tribunais instanciais do tipo penal do art. 287 do CP é equivocada já em face da dogmática jurídico-penal. Como ao mesmo tempo o erro de aplicação do tipo penal implica violação dos direitos fundamentais dos manifestantes, o STF com razão admitiu o questionamento da constitucionalidade das decisões. Questionável é tão somente a adequação procedimental da via escolhida, pois a ADPF é instrumento do controle abstrato.

Não havendo espaço aqui para problematização do juízo de admissibilidade, cumpre analisar a fundamentação da decisão em face de seu mérito. O STF apreciou satisfatoriamente os alcances dos direitos fundamentais violados pela interpretação equivocada do art. 287, do CP, verificando o legítimo exercício dessas liberdades, determinando seu conteúdo, alcance e limites, o que deve ser naturalmente saudado. Mas, de novo, o STF se valeu equivocadamente da interpretação conforme a Constituição como técnica de modulação de efeitos da coisa julgada. Com efeito, com bem apontado pelos órgãos que ocuparam o polo passivo da relação jurídico-processual, não há que se falar em potencial violação *in abstracto* dos direitos fundamentais atingidos pelas interpretações judiciais. Apesar de um grau de parentesco, na espécie trata-se de uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais, que configura um subcaso da interpretação conforme a Constituição, mas que com esta não se confunde. Trata-se, aqui, novamente, do reconhecimento do vínculo específico do Estado-juiz e não do Estado-legislador, pois foram os órgãos judiciais que, por interpretação que não levou em consideração os parâmetros jusfundamentais, violaram a liberdade de reunião (parâmetro específico que rigorosamente falando afastaria a aplicação dos mais genéricos com a liberdade de manifestação do pensamento). Tal vínculo específico do Judiciário se pauta na tradição lançada pela decisão *Lüth* do TCF alemão.

Assim, se a decisão deve ser saudada em face de seu mérito, i.e., do caso concreto decidido, o mesmo não vale para a perpetrada transcendência dos efeitos da coisa julgada por ação do controle abstrato (ADPF). A admissão da ADPF para realizar o controle concreto da interpretação e aplicação de normas penais que sejam em si constitucionais decorre, portanto, de um juízo de admissibilidade que merece reparos ou, no mínimo, uma fundamentação específica.