

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

FABRÍCIO DE ALMEIDA SILVA REIS

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS, SOB DUAS
HIPÓTESES: FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA OU
MAJORITÁRIA?**

Belo Horizonte

2020

FABRÍCIO DE ALMEIDA SILVA REIS

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS, SOB DUAS
HIPÓTESES: FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA OU
MAJORITÁRIA?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera Pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Co-orientador: Prof. Dr. Luis Carlos B. Gambogi

Belo Horizonte

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R375a Reis, Fabrício de Almeida Silva, 1983-
A atuação do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias, sob duas hipóteses: função contramajoritária ou majoritária? / Fabrício de Almeida Silva Reis. - Belo Horizonte, 2020.

112 f. ; 29,7 cm

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho

Coorientador: Luis Carlos Balbino Gambogi

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2020.

1. Jurisdição. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Minorias. I. Título. II. Muzzi Filho, Carlos Victor. III. Gambogi, Luis Carlos Balbino. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.724



FUMEC

Dissertação intitulada "A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS, SOB DUAS HIPÓTESES: FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA OU MAJORITÁRIA?" autoria de FABRÍCIO DE ALMEIDA SILVA REIS, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas
(Examinador Interno)

Profa. Dra. Giuliano Fernandes - UNIFEMM
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 04 de agosto de 2020.

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel: (31) 3228-3000
www.fumec.br

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que propaga amor através do saber, é Senhor de todas as coisas e me ajudou a concluir tão desafiadora missão acadêmica.

De modo especial, dedico este trabalho à minha mãe, Sra. Maria Aparecida de Almeida Silva, por acreditar e apostar em minha formação acadêmica e profissional, com palavras de ânimo, força e encorajamento. Sem dúvida, é meu maior exemplo de servidora pública competente, ética, batalhadora e, hoje já aposentada, vitoriosa.

Aos meus avós maternos, Augusto Pereira da Silva e América Gomes de Almeida, sempre presentes, pelo legado de caráter, amor, trabalho, dedicação e bons exemplos.

Agradeço ao professor Dr. André Cordeiro Leal, pelo apoio e estímulo constantes ao pensar, questionar e escrever.

Ao meu professor orientador, Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, que com maestria e sabedoria, confiou-me a tarefa de escrever e pesquisar sobre este tema, sobretudo no início do Mestrado, quando da construção de um artigo em co-autoria, submetido, aprovado e apresentado no CONPEDI / 2019, em Goiânia.

Agradeço ao meu professor co-orientador, Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi, que com paciência e prestimosidade, apoiou-me na pesquisa acadêmica e no desenvolvimento deste trabalho.

Ao professor do Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM), Dr. Giuliano Fernandes, que gentilmente me cedeu parte de seu precioso tempo para compor a Egrégia Banca examinadora e me brindou com sua presença.

Ao grande amigo, Dr. Hélio Luiz Júnior de Sá, que me recebeu e me acolheu em sua casa em Belo Horizonte, sempre aberto a diálogos infinitos e singular filtro dos momentos difíceis.

Aos amigos adquiridos durante o Mestrado, em particular à Dra. Alessandra Abrahão Costa e ao Dr. Giovanni Galvão Vilaça Gregório que compartilharam conhecimentos, doutrinas, jurisprudências, conteúdos, explicações e experiências nas áreas acadêmica e profissional.

À especial amiga, Dra. Michelly Pereira Melo, que nos momentos de incertezas nas dependências da Universidade, ajudou-me e alegrou-me nos intervalos das aulas. À Dra. Thaís Karine de Cristo e à Dra. Zaphia Boroni de Souza, que se tornaram para mim grandes referenciais nos estudos.

Não poderia deixar de agradecer ao professor, Major QOR BM, Otávio Lemos dos Santos Neto, primeiro profissional a depositar-me sua confiança e apostar-me na função de professor titular de Direito, o que fez tornar-me hoje, membro do Corpo Docente da Academia de Bombeiros Militar do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (ABM / CBMMG).

Agradeço de modo especial, ao amigo e professor, Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Instituições Sociais, Direito e Democracia – Universidade FUMEC), que foi partícipe desta minha etapa acadêmica. Um exemplo de professor, de dedicação à pesquisa, de paciência e de apoio aos mestrandos.

Ao amigo e mestre em Direito, Dr. Bruno Amazan Avelar de Araújo, pelas dicas e orientações acadêmicas antes mesmo de iniciar a pesquisa jurídica.

Aos doutorandos pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e queridos vizinhos equatorianos, Dra. Diana Sabina Alban Peñafiel e Dr. Fredy Rolando Salazar Sangucho, pelas incontáveis contribuições durante o curso.

À querida amiga, Dra. Aldênia Pereira da Silva, pelo apoio, suporte e conselhos, antes, durante e que certamente continuarão após o mestrado diante dos diversos desafios acadêmicos, profissionais e da vida.

Ao colega de trabalho, Sargento QPE BM, Edson Moreira Dias, que acompanhou de perto todos os momentos e o esforço em finalizar esta jornada.

À grande família Universidade FUMEC de Minas Gerais, em particular à secretária, Sra. Cláudia Márcia Magalhães, pelo apoio, incentivo e urbanidade de sempre.

À bibliotecária, Sra. Miriam Cláudia das Chagas Viana, pela disponibilidade no acervo de obras durante a pesquisa. Aos demais funcionários da Biblioteca da Universidade FUMEC, pelos diversos auxílios, empréstimos de doutrinas, apoio nas buscas, consultas de obras e pela fineza no trato durante os dias de estudo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha família mineira e paulista, como também àqueles familiares que, em dado momento de suas vidas, decidiram viver experiências em solos paranaense e cearense: Fabiano Almeida, Larissa Almeida, Pedro Augusto Almeida, Miguel Almeida, Do Carmo Almeida, Piedade Almeida, Aluizio Gonçalves, Cleiton Almeida, Lorena Almeida e Alessandra Nascimento. Muito obrigado pela confiança, paciência e pelos momentos de descontração.

Foram dois anos incríveis, desafiadores, mas felizes, e que certamente já marcam minha carreira!

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo”.
Nelson Mandela

RESUMO

No âmbito da jurisdição constitucional, destacam-se apontamentos críticos, extraídos a partir de questionamento sobre a função contramajoritária das Cortes Constitucionais. Enquanto problema de pesquisa e à luz da teoria da essência da oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron e da teoria da tomada de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl, marcos teóricos da pesquisa, o trabalho indaga se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), na proteção dos direitos de minorias, seria, majoritária. Como hipótese de pesquisa, diante do estudo da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, tentar-se-á demonstrar se, nos exemplos colecionados por Luís Roberto Barroso, comprova-se essa atuação. A legitimidade do controle jurisdicional das leis depara-se com a dificuldade de se conjugar o princípio da separação de funções com o princípio democrático, objeção esta ao modelo norte americano do *judicial review*, conhecida como “dificuldade contramajoritária”. Ao Judiciário cabe ser o intérprete e guardião da Constituição, cujas decisões repercutem nas demais esferas. Todavia, faltam-lhe credenciais democráticas diante de dissensos morais. Como objetivo geral, busca estabelecer uma linha histórica da jurisdição constitucional no Brasil, e concluir, com base em estudos de casos, se a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias é, propriamente, contramajoritária. São objetivos específicos do trabalho analisar a jurisdição constitucional a partir das idiossincrasias nos sistemas de *common law* norte americano e *civil law*; analisar os principais sistemas de controle de constitucionalidade e sua realização pelo Judiciário; examinar as críticas à jurisdição constitucional, à luz da teoria da oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron e da tomada de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl; perquirir a atuação do Supremo Tribunal Federal acerca da proteção dos direitos das minorias, com estudo de casos para fins de comparação; e identificar quais seriam as duas hipóteses que afastam o argumento de que a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos das minorias, é uma regra geral e rotineira. A pesquisa se desenvolve em vertente metodológica jurídico-sociológica, de perspectiva interdisciplinar, baseada em conceitos de teorias políticas e filosóficas do Direito, englobando as áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Civil. Adotou-se, com preeminência, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle judicial de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Função contramajoritária. Minorias.

ABSTRACT

Within the scope of constitutional jurisdiction, critical notes stand out, extracted from questioning about the countermajoritarian function of the Constitutional Courts. As a research problem and in light of Jeremy Waldron's theory of the opposition to the Judicial Review and the theory of decision-making in a democracy by Robert Alan Dahl, theoretical frameworks of research, the work asks whether the action of the Supreme Court (STF), in the protection of minority rights, would be a majority. As a research hypothesis, given the study of the countermajoritarian function of the Supreme Court, we will try to demonstrate whether, in the examples collected by Luís Roberto Barroso, this performance is proven. The legitimacy of jurisdictional control of laws is faced with the difficulty of combining the principle of separation of functions with the democratic principle, an objection to the North American model of judicial review, known as “countermajoritarian difficulty”. It is up to the Judiciary to be the interpreter and guardian of the Constitution, whose decisions have repercussions in other spheres. However, it lacks democratic credentials in the face of moral dissent. As a general objective, it seeks to establish a historical line of constitutional jurisdiction in Brazil, and to conclude, based on case studies, whether the role of the Supreme Federal Court in the protection of minorities is, properly speaking, countermajoritarian. The specific objectives of the work are to analyze constitutional jurisdiction based on idiosyncrasies in the systems of North American common law and civil law; to analyze the main constitutionality control systems and their implementation by the Judiciary; examining criticisms of constitutional jurisdiction, in light of Jeremy Waldron's theory of opposition to Judicial Review and Robert Alan Dahl's decision-making in a democracy; investigate the action of the Supreme Federal Court on the protection of minority rights, with case studies for comparison purposes; and to identify which are the two hypotheses that rule out the argument that the action of the Supreme Federal Court in protecting the rights of minorities, is a general and routine rule. The research is developed in a juridical-sociological methodological perspective, with an interdisciplinary perspective, based on concepts of political and philosophical theories of Law, encompassing the areas of Constitutional Law, Human Rights and Civil Law. Deductive reasoning, descriptive method and bibliographic, jurisprudential and legislative research were preeminently adopted.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Judicial review of constitutionality. Federal Court of Justice. Countermajoritarian function. Minorities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
n°	Número
PET	Petição
PGR	Procurador Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Súm.	Súmula
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	18
2.1 AS IDIOSSINCRASIAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	20
2.1.1 A Jurisdição constitucional no sistema de <i>common law</i> norte americano.....	21
2.1.2 A Jurisdição constitucional no sistema de <i>civil law</i>	24
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	27
2.2.1 A Constituição do Império de 1824.....	28
2.2.2 A Constituição de 1891.....	29
2.2.3 A Constituição de 1934.....	30
2.2.4 A Constituição de 1937.....	32
2.2.5 A Constituição de 1946.....	33
2.2.6 A Constituição de 1967.....	35
2.2.7 A Constituição de 1988.....	36
3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA REALIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO.....	42
3.1 VIA DE CONTROLE DIFUSO DE ORIGEM AMERICANA.....	45
3.2 VIA DE CONTROLE CONCENTRADO DE ORIGEM AUSTRÍACA	51
4 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	56
4.1 A FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	58

4.2 A SUPREMA CORTE COMO ENTIDADE FORMULADORA DE POLÍTICAS NACIONAIS	61
4.2.1 Questionamentos frente à função (contra)majoritária no direito americano.....	63
4.2.1.1 <i>Oposição ao Judicial Review de Jeremy Waldron</i>	65
4.2.1.2 <i>Tomadas de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl</i>	69
5 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS	73
5.1 AÇÕES AFIRMATIVAS.....	78
5.1.1 Igualdade racial	78
5.1.2 Direitos da entidade familiar homoafetiva e a “interpretação conforme”.....	82
5.1.3 Direitos das comunidades autóctones indígenas	85
5.1.4 Proteção aos judeus	86
6 DUAS HIPÓTESES SOBRE A FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL.....	89
6.1 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA PELO STF.....	89
6.1.1 Constituição, declaração de direitos e tratamento não discriminatório.....	91
6.1.2 Legislação simbólica	92
7 CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

De modo inicial, necessário tecer algumas considerações acerca dos motivos que determinaram a elaboração da presente dissertação.

Em que pese haver um tradicional entendimento no sentido de que a atuação das cortes constitucionais, em especial a atuação do Supremo Tribunal Federal, na proteção dos direitos das minorias, seria uma atuação “contramajoritária”, iniciou-se uma pesquisa para testar essa atuação, apoiada no direito comparado (norte-americano) e no estudo de casos domésticos aqui no Brasil.

No que tange ao tema-problema, seu enfrentamento e para o desenvolvimento da dissertação, definiu-se como ponto de discussão, contestar até que ponto a atuação das Cortes Constitucionais na proteção dos direitos das minorias, é considerada, de fato, uma atuação “contramajoritária”.

A jurisdição constitucional, por sua vez, passa a ser a instância (enquanto espaço argumentativo da sociedade) para discutir dissensos de diversos matizes, morais, políticos e até religiosos, cabendo ao interprete da Constituição, o STF, dizer a última palavra.

Com base nesse cenário, é possível identificar um crescimento do papel desempenhado pelo Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na tutela de direitos básicos de minorias, o que retrata um aumento de ações levadas ao seu conhecimento.

No transcorrer do trabalho, vislumbrar-se-á a jurisdição constitucional, as idiosincrasias nos sistemas de *common law* norte-americano, de *civil law*, espelhando-se a evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil. Nesse contexto de protagonismo judicial, analisar-se-ão os apontamentos críticos à jurisdição constitucional, extraídos a partir de autores que questionam a função (contra)majoritária das cortes constitucionais.

Relativamente ao modelo de controle de constitucionalidade do direito norte-americano, o *judicial review*, em mais de dois séculos de experiência, este enfrenta pontuais críticas à jurisdição constitucional. Algumas delas, partem dos pontos de vista dos filósofos Jeremy Waldron (WALDRON, 2017) e Robert Alan Dahl (DAHL, 2009), apoiados em suas respectivas obras: “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*” e “Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”. De posse disso, apoiado nesse modelo, serão trazidos à baila, além das críticas ao modelo *judicial review*, o estudo desta função considerada “contramajoritária”.

Assim, considerando-se a teoria da essência da oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron (WALDRON, 2017); e a teoria da tomada de decisões em uma democracia de

Robert Alan Dahl (DAHL, 2009), indaga-se, enquanto problema dessa pesquisa, já mencionado, se essa atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos das minorias, ao contrário do que muitos afirmam, seria, majoritária.

Registra-se ainda que, na teoria oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron, este jurista afirma que o modelo *judicial review* com base em direitos, é inadequado para sociedades um tanto quanto democráticas. Explica-se tal ponto não pelo fato de “suas instituições legislativas serem disfuncionais”, mas sim pelo fato de que “seus membros discordam sobre direitos” (WALDRON, 2017, p. 157).

A questão em objeto é relevante também na medida em que a legitimidade do controle jurisdicional das leis depara-se com a dificuldade óbvia de se conjugar o princípio da separação de funções com o princípio democrático. Esta é, portanto, a primeira objeção ao modelo *judicial review*, também conhecida pela expressão “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1986, p. 16).

Ademais, a questão é relevante, já que ao Judiciário cabe ser o intérprete e guardião da Constituição (CRFB), cujas decisões repercutem nos demais poderes, muitas vezes vinculando a todos, dado o efeito *erga omnes* de algumas decisões. Todavia, isso não significa afirmar que também lhe compete atuar de forma representativa, haja vista que, lhe faltam credenciais democráticas diante de dissensos morais.

No plano da jurisdição constitucional, é mais adequado atribuir tal atuação ao poder Legislativo, cujo poder expressa melhor a identidade política do povo.

Nessa mesma toada, a teoria de Robert Alan Dahl (DAHL, 2009), afirma que a Suprema Corte é parte essencial da liderança política, com alianças próprias de poder, sobretudo apoiadas na legitimidade das suas interpretações da Constituição. Ele entende que, ao invés de agir contra a corrente majoritária, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, que atua juntamente com os outros órgãos políticos dentro de uma margem chamada “consenso político nacional”. Para Dahl, a Suprema Corte não é independente dos demais atores, mas busca o cuidado e a observância do ideal democrático, no qual prevaleça este ideal ainda que em decisões afetas à toda coletividade. (DAHL, 1957, p. 294/295).

Como hipótese de pesquisa, diante do estudo sobre o exercício da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) e a proteção constitucional das minorias, testificar-se-á se em todos os exemplos colecionados por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015, p. 23-50), a partir dos quais se argumenta que o STF teria atuado contramajoritariamente, restará verdadeiramente comprovada.

Barroso tem discutido teoricamente o papel do Supremo Tribunal Federal e possui um importante artigo no qual defende a função contramajoritária do STF, e para tanto, ele utiliza alguns exemplos que, metodologicamente, são suficientes para se colocar em discussão essa atuação contramajoritária, especialmente quando da proteção dos direitos das minorias.

Pontue-se que outros exemplos poderiam ser citados e pesquisados, todavia o interesse principal se concentra na sua ideia central enquanto base de análise.

Justifica-se o presente trabalho diante da necessidade de estudar as ações afirmativas que envolveram a igualdade racial; os direitos da entidade familiar homoafetiva e sua “interpretação conforme”; os direitos das comunidades autóctones indígenas; e a proteção aos judeus, os quais possibilitarão constatar se a atuação do STF tratou-se de uma atuação propriamente contramajoritária, ou se, diferentemente, esta buscou confirmar, ratificar, corroborar e/ou referendar normas jurídicas já produzidas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Servirão de base os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF (BRASIL, 2017) em defesa da Lei nº 12.990 de 2014; da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada pelo Democratas (DEM); do Recurso Extraordinário (RE) nº 579.285/RS, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2014); da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ; do Recurso Extraordinário (RE) nº 477.554/MG (BRASIL, 2011); da Petição (PET) nº 3388/RR (Roraima); e do Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, todos para fins de comparação com a atuação do Executivo e do Legislativo.

O desenvolvimento desta dissertação se deu em cinco capítulos após a introdução e seguidos da conclusão. O segundo capítulo tratará da jurisdição constitucional, das idiosincrasias da jurisdição constitucional nos sistemas de *common law* norte-americano e de *civil law*, além da evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição da República de 1988.

O terceiro capítulo abordará os dois principais sistemas de controle de constitucionalidade e sua realização pelo Judiciário, notadamente a via de controle difuso de origem americana e a via de controle concentrado de origem austríaca, sem olvidar a influência desses dois modelos no controle de constitucionalidade brasileiro.

O quarto capítulo abordará as críticas à jurisdição constitucional e a função (contra)majoritária das cortes constitucionais, com apoio na teoria de Jeremy Waldron (sua crítica ao controle judicial de constitucionalidade, e para a questão do procedimento decisório ante a discordância de direitos, na qual propõe-se que existam duas razões a serem

consideradas, quais sejam: razões “relacionadas ao resultado” e razões “relacionadas ao processo”) (WALDRON, 2017, p. 119).

Ainda no quarto capítulo, conta-se com apoio da teoria de Robert Alan Dahl (na sua visão, a legitimação desse controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vai encontrar dois óbices cruciais que permeiam essa atuação do tribunal: a soberania popular e a igualdade política, ou seja, bases de um regime democrático de direitos). (DAHL, 2009, p. 30).

No quinto capítulo, far-se-á a análise de casos paradigmáticos que envolvem a atuação do Supremo Tribunal Federal em decisões quanto aos direitos de minorias. A partir de conceitos iniciais, realizar-se-á um estudo das ações afirmativas que envolveram a igualdade racial; os direitos da entidade familiar homoafetiva e sua “interpretação conforme”; os direitos das comunidades autóctones indígenas; e a proteção aos judeus, sob o enfoque constitucional e em comparação com a prévia atuação do Executivo e do Legislativo. Ainda, será demonstrado se, em todos estes exemplos acima, colecionados por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015, p. 23-50) (sob o argumento de que o STF teria atuado contramajoritariamente), na realidade, tal atuação não foi, propriamente, contramajoritária.

No sexto capítulo deste trabalho, serão consideradas duas hipóteses sobre a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, com pressupostos na Constituição (enquanto uma declaração de direitos com tratamento não-discriminatório) e a legislação simbólica, sugerindo-se que o Supremo Tribunal Federal não precisaria atuar contramajoritariamente, tendo em vista que, no sistema jurídico brasileiro, a proteção dos direitos das minorias já inicia-se no texto da Constituição. Ademais, o Supremo Tribunal Federal atuaria, simbolicamente, na implementação de direitos e garantias que já são devidamente reconhecidos às minorias no próprio texto constitucional.

Em conclusão sobre o tema-problema, entender-se-á, conforme lição doutrinária, que a atuação contramajoritária das cortes constitucionais não é uma regra, e sim medida excepcional. Isto porque, se fosse uma atividade rotineira, nitidamente haveria uma corrupção do sistema jurídico, considerando-se também que a tônica dos direitos fundamentais, centra-se na proteção de minorias e na sua não-discriminação.

Destarte, a atuação do Supremo Tribunal Federal, quando provocado a decidir ante os casos estudados, buscou-se confirmar ou referendar, de uma forma ou de outra, as normas jurídicas já criadas pelos demais poderes instituídos (Legislativo ou Executivo), com observância da Constituição da República de 1988.

O foco hermenêutico proposto para esta dissertação ter-se-á como marco teórico a ilegitimidade do *Judicial Review*, com base na teoria da essência da oposição ao *Judicial*

Review de Jeremy Waldron (WALDRON, 2017); e o ideal democrático com base na teoria da tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais de Robert Alan Dahl (DAHL, 2009).

A pesquisa e seu desenvolvimento utilizar-se-ão de vertente metodológica jurídico-sociológica, de perspectiva interdisciplinar, baseado em conceitos de teorias políticas e filosófica do Direito, englobando as áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Civil.

Adotar-se-ão, com predominância, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e o tipo bibliográfico. Além da pesquisa teórica, cujas fontes principais são as informações obtidas na legislação, nas doutrinas e na jurisprudência. Além da consulta à sites acadêmicos, livros jurídicos relacionados à jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, direitos humanos, processo democrático e minorias, que serão objetos de detido estudo e análises.

Desta forma, com tais questões em mente, e de posse do duplo marco teórico, depois de conhecer os sistemas de controle de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos das minorias e a legislação vigente sobre o tema, buscar-se-á por uma opção de resgate do cuidado e da observância do ideal democrático. Partir-se-á do pensamento de que as normas jurídicas aprovadas pelo Legislativo, não se revestem de caráter discriminatório contra as minorias bem como abrangem diversos direitos, dentre os quais, o direito ao tratamento não-discriminatório em sociedades democráticas.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Surgida historicamente como instrumento de defesa da Constituição, a jurisdição constitucional é considerada como a expressão de valores políticos e sociais. Ela significa, nas palavras de Hans Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição”, sendo “elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2007, p. 123/124).

José Afonso da Silva, nesse tom, afirma que “[...] os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto” de modo que “isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição” (SILVA, 2014, p. 559). Na visão de José Alfredo de Oliveira Baracho “a jurisdição constitucional tem por objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição [...] pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade” em caso de violação das formas ou dos preceitos constitucionais (BARACHO, 1984, p. 98).¹

Em outras palavras, jurisdição constitucional significa a entrega de diversas funções a um órgão do Judiciário para que este verifique a conformação das leis e dos atos normativos ao texto da Constituição.² Como explana Marcelo Matos de Oliveira “[...] o principal meio de defesa da Constituição e de garantia da sua supremacia na ordem jurídica consiste na fiscalização da constitucionalidade das normas hierarquicamente inferiores, que são os sistemas de controle de constitucionalidade” (OLIVEIRA, 2020, p. 17).

A Constituição, enquanto norma hierarquicamente superior, pode vir a sofrer interpretações contraditórias, mais precisamente por parte do legislador infraconstitucional.³ Diante dessas interpretações às quais está sujeita, existem basicamente dois sistemas de defesa da Constituição, também entendidos como vias de controle de constitucionalidade

¹Sobre o tema, Sérgio Henriques Zandona Freitas afirma que “a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, é serviço público dependente de provocações dos interessados, e consiste em cumprir e fazer cumprir as normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, por meio de procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa” (FREITAS, 2014, p. 81).

²Em contribuição ao tema, Luís Roberto Barroso, entende que “a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” (BARROSO, 2017, p. 440).

³José Afonso da Silva, a respeito das interpretações contraditórias por parte do legislador infraconstitucional, chega a tratá-las como “tipos de ataques que a Constituição pode sofrer”, a ponto de afirmar que disso é que surgem os dois sistemas, quais sejam, o sistema norte-americano e o sistema europeu. Segundo ele, o sistema europeu por exemplo, “desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição” (SILVA, 2014, p. 563/564).

realizados pelo poder Judiciário: o modelo de controle norte-americano e o modelo de controle europeu.

O controle de origem norte-americana gerou um sistema de critério difuso-concreto (ou apenas difuso), de natureza técnico-jurídica. Por ele, todos os órgãos do Judiciário possuem competência para afastar a aplicação de uma lei que vá de confronto ao disposto na Constituição. E, diante de um possível risco de insegurança jurídica, ante várias interpretações acerca de uma única norma, Mauro La-Salette Costa Lima de Araújo ensina:

A tradição jurídica americana, e de outros países herdeiros do direito anglo-saxão, através do princípio do *stare decisis*, proporciona a mitigação deste risco. Por este princípio, as decisões emanadas das cortes superiores passam a ter força vinculante em relação aos juízos inferiores, obrigando-lhes a decidir da mesma forma. Tal princípio acaba por emprestar às decisões de um órgão de cúpula, como a Suprema Corte americana uma verdadeira eficácia *erga omnes*. (ARAÚJO, 2011, p. 01, grifos no original).

Neste sentido, nos dizeres de Fabrini Muniz Galo “a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos”, de modo que ela (a jurisdição) apresenta “não se configurando como guardiã dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a **decisão do caso concreto**” (GALO, 2001, p. 01, grifou-se).

A respeito do controle de origem europeia, por sua vez, Galo destaca que “o sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico à Constituição”, portanto possuindo uma natureza política e ideológica (GALO, 2001, p. 01). Galo reconhece, ainda, que “a evolução chegou à institucionalização das Cortes Constitucionais, a partir de 1920, como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no controle concentrado” (GALO, 2001, p. 01).⁴

Em que pese o Brasil ter seguido o sistema norte-americano e depois caminhado para um sistema misto de controle de constitucionalidade⁵, tal modelo, por ora, não será objeto de

⁴Mauro La-Salette Costa Lima de Araújo, a par da via de controle de origem europeia, também afirma que “o que se convencionou chamar de paradigma *europu-kelseniano* de controle de constitucionalidade tem suas origens na constituição austríaca de 1920. Ao longo daquele século tal sistema foi adotado por outros países da Europa continental, mas não sem que antes se operassem mudanças em sua formulação primeira.” (ARAÚJO, 2011, p. 01).

⁵O sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, como ensina Fabrini Muniz Galo, é um sistema peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando, timidamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O autor destaca ainda que “novidade está em ter a Constituição de 1988 reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Não significa que tornou o Supremo a Corte Constitucional do Brasil, uma vez que não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura emanado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. É certo que o art. 102, CRFB diz que a ele compete, **precipualemente, a guarda da constituição**. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda de valores constitucionais com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas

abordagem, haja vista o foco inicial e principal residir na jurisdição constitucional nos sistemas de *common law* e *civil law*, até para se entender melhor o controle de constitucionalidade realizado pelo poder Judiciário. Nesse compasso, aborda-se, então, as idiossincrasias da jurisdição constitucional, tomando como parâmetros os sistemas de *common law* norte-americano e *civil law*.

2.1 AS IDIOSSINCRASIAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS DE COMMON LAW E CIVIL LAW

O sistema de *common law* especialmente o norte-americano e o *civil law* foram dois grandes sistemas jurídicos. Ambos possuem a liberdade e autossuficiência para outorgar competência e definir regras que entenderem necessárias na esfera do controle de constitucionalidade das leis e das normas.

Dando ênfase à idiossincrática de cada um deles, inicialmente o sistema jurídico do *common law* refere-se ao direito comum⁶, teve sua origem na Inglaterra durante a idade média, meados do século XII. Também é entendido como o Direito de característica anglo-saxã e seu objetivo era estabelecer um padrão de conduta (ou de comportamento) entre os proprietários de terra e o Estado, este último representado pela figura do monarca. (PANTOJA, 2019, p. 01/02).

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego (2016, p. 18) o define como sendo “fruto das decisões dos tribunais reais, em contraposição ao direito baseado nos costumes locais, característica central do direito anglo-saxônico”, e completa ao afirmar que “o principal instrumento de trabalho do jurista é o precedente Judiciário”. O autor aponta, ainda que “o direito inglês valoriza a continuidade, a tradição e a história, algo não visto nos países de tradição romano-germânica marcados por rupturas e revoluções” (REGO, 2016, p. 18).⁷

alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição. Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.” (GALO, 2001, p. 01, grifos no original).

⁶A respeito do sistema do *common law*, Othon Pantoja destaca que sua principal característica é “não ser codificado (não existe código civil ou código penal, como no Brasil). Assim, a sua aplicação é mais objetiva e as regras vão se desenvolvendo conforme avançam as complexas relações na sociedade. Por esses motivos, há um forte protagonismo na figura dos juízes.” (PANTOJA, Othon. **O que é o common law, as diferenças e semelhanças com o civil law**. Blog da Aurum. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/common-law/>. Acesso: 14 mar. 2020).

⁷Nessa toada, Vinícius Nascimento Cerqueira destaca que o “ponto alicerce do sistema de precedentes da tradição de *common law* é a atenção ao princípio da igualdade, observada justamente no momento de proferir a decisão. Dessa forma a ideia é que os casos semelhantes sejam tratados de forma igual, provocando na sociedade

Já o sistema jurídico do *civil law* refere-se ao direito escrito, codificado. Teve sua origem no fim do feudalismo e com a descoberta de textos condensados fruto do direito romano, durante o império romano. Naquela época, os juristas conhecedores do direito romano recorriam ao que era chamado de “textos sagrados romanos”, de forma que eram eles os professores, portanto sanavam dúvidas e resolviam os conflitos jurídicos, tudo com base em suas interpretações dos textos compilados. (PANTOJA, 2019, p. 02/03).

Após as revoluções burguesas, sobretudo na França (séculos XVIII e XIX), em que se estabeleceu os Estados modernos com o declínio dos Estados absolutistas (no qual o Estado era o monarca), criou-se um novo sistema jurídico baseado em códigos, de maneira que os interpretes deixaram de ser os professores e passaram a ser os legisladores. Dessa forma, caberiam aos juízes somente aplicar a lei, mas não interpretá-la. (PANTOJA, 2019, p. 02/03). A partir daí que surge a antiga expressão francesa *bouche de la loi*, ou seja, “juízes boca-da-lei”.⁸

Dadas as diferenças e as similaridades que ocorreram com o passar do tempo entre estes dois grandes sistemas, se faz oportuno o estudo da jurisdição constitucional em cada um deles separadamente. Para isso, a jurisdição constitucional no sistema de *common law* nos Estados Unidos, é o que primeiro se examina a seguir.

2.1.1 A jurisdição constitucional no sistema de *common law* norte-americano

O sistema jurídico do *common law*, levando em consideração sua tradição jurídica, surgiu de maneira paulatina na Inglaterra, entre os séculos XI e XII.⁹ De lá para cá, este modelo cresceu, se desenvolveu e se expandiu para diversos países, sendo afamado como o principal e maior sistema jurídico adotado na Inglaterra. Contudo, em que pese ser

a sensação de segurança e confiança na função jurisdicional, além de prover o Judiciário de decisões impessoais” (CERQUEIRA, 2013, p. 87).

⁸Segundo Áurea Pimentel Pereira “quando ainda não concebido o sistema da tripartição dos Poderes - em período em que os Juízes não eram vistos como membros integrantes de um dos Poderes - quando do cumprimento da missão de julgar, não exerciam os juízes um poder político, eis que, na definição de Montesquieu, nada mais eram do que: “*la bouche inanimé qui prononçait les paroles de la loi*” (*L’Esprit des Lois*). A missão que era então aos juízes confiada, tinha limites angustos, na medida em que eram chamados simplesmente a dizer a lei que incidia no caso concreto.” (PEREIRA, 2002, p.104/105).

⁹José Alfredo de Oliveira Baracho destaca que “a ciência jurídica estava baseada na *Common Law* da Inglaterra, interpretada de diferentes maneiras pelos tribunais das colônias. [...] O tribunal não era formado por pessoas entendidas, a seleção dos juízes era determinada, em grande parte, por influencias políticas. [...] O crescimento das colônias e o aumento do trabalho judicial acarretaram o desenvolvimento dos tribunais judiciais”, de modo que “a experiência adquirida durante a confederação demonstrou a necessidade em definir e estabelecer o poder judicial federal. [...] Com o tempo, estabeleceu-se a jurisdição da Suprema Corte, como tribunal independente e exclusivamente judicial, com a observância de certos princípios” (BARACHO, 1984, p. 206/207).

caracterizado pela forma eficiente de resolução de diversos conflitos, tal modelo não pode ser resumido (ou reduzido) somente ao Direito inglês. (REGO, 2016, p. 16).¹⁰

Justamente por causa desta sua expansão, apesar das limitações geográficas, exerceu forte influência nos países de língua inglesa, dada a tradição jurídica inglesa ser bastante duradoura (REGO, 2016, p. 17). Todavia, não se impôs com facilidade em solo norte-americano, haja vista tratar-se de um novo país, recém constituído, com necessidade de implementação de um direito próprio e independente.¹¹

Nos Estados Unidos é oportuno lembrar da clássica jurisprudência e mais importante desse período, o célebre caso *William Marbury contra James Madson*, que se tornou, quiçá, o mais relevante precedente da história da Suprema Corte norte-americana. José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, descreve que nessa decisão “concluiu-se que da Constituição dos Estados decorre o princípio essencial a todas as Constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição” (BARACHO, 1984, p. 209). A partir de então, a Corte Suprema passou a assumir um importante papel e destacado relevo no processo democrático dos Estados Unidos. Nesse sentido, conforme Baracho:

Madson dizia que ao estruturar um governo de homens sobre homens, a grande dificuldade estava no seguinte ponto: é preciso dar, primeiro, meios ao governo de controlar os governados; e, em seguida, obriga-lo a se autocontrolar. A revisão judicial, como um dos recursos que limitam o poder do governo, com o tempo passou a ter grande importância na evolução daquele regime político. [...] O controle judicial, através da Corte Suprema, tornou-se fator importante, por volta de 1890. Convém lembrar, pela importância, para ilustrar o período de 1890 a 1937, o caso *Lochner v. New York*, envolvendo controle judicial da ação legislativa. (BARACHO, 1984, p. 210, grifos no original).

Desde 1937, fala-se em moderação judiciária, para ilustrar como a Suprema Corte norte-americana tem tratado os casos de arguição de inconstitucionalidades, sobretudo quando exerce seu poder de controle judicial diante das leis do Congresso.

Nessa perspectiva, a respeito dessa moderação, nas palavras de Cesar Leandro de Almeida Rabelo “o império da cultura jurisprudencial é a característica preponderante do sistema jurídico norte-americano (*common law*) sendo a principal fonte utilizada pelo

¹⁰ Interessante pontuar que, desde o seu surgimento, o *common law* “é essencialmente um direito jurisprudencial”, e por isso é “ancorado na autoridade das decisões judiciais pretéritas”. (REGO, 2016, p. 18).

¹¹ Rego destaca que com a independência dos Estados Unidos, “muitos Estados promulgaram sua própria Constituição, documento escrito que trazia as normas fundamentais do ordenamento jurídico estatal. A Virgínia foi pioneira com a promulgação da Constituição de 1776, mesmo ano da declaração de Independência das treze colônias. Posteriormente, com o fracasso da Confederação, houve a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, anunciando as bases do ordenamento jurídico estadunidense, algo sem precedência no sistema jurídico do *common law* inglês. [...] Aliado a isso, outros mecanismos típicos do sistema do *civil law* foram incorporados ao Direito norte-americano.” (REGO, 2016, p. 62, grifos no original).

judiciário, tornando passíveis, inclusive, de mudanças dos entendimentos em casos concretos tratando de temas similares” (RABELO, 2012, p. 68).

Por outro ângulo, partindo-se dessa sua qualidade e importância ante o ideal de justiça social, tornou-se, sobretudo, um sistema capaz de propiciar estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas. Explica-se isso, nos dizeres de Nelmo Versiani, na medida em que “o Direito é declarado pelo juiz (*judge made law*), sendo o precedente judicial a mais importante e essencial fonte jurídica” (VERSIANI, 2015, p. 01). Noutras palavras, há a obrigação de o juiz decidir conforme as regras estabelecidas pelos precedentes, o que faz denominar-se o princípio do *stare decisis* no direito norte-americano (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), ou, nos dizeres de Baracho “da obrigatoriedade dos precedentes judiciais”¹² (BARACHO, 1984, p. 211).

Fato é que em seu verdadeiro papel de impugnar os atos, o direito norte-americano reconhece que a revisão judicial (*judicial review*) “assenta-se no reconhecimento de que a Constituição escrita é uma lei fundamental, sujeita a modificar-se por intermédio de um processo legislativo extraordinário, que é superior ao direito comum legislado” (BARACHO, 1984, p. 219). Nesse passo, de acordo com Rego:

Apesar da manutenção do Direito norte-americano na tradição jurídica do *common law*, essa convergência ao sistema jurídico romano-germânico resultou em novas características e configurações do Direito estadunidense. Essas características contribuíram para uma originalidade do Direito norte-americano, ao ocupar um lugar destacado e diferenciado dentro dos sistemas jurídicos da tradição do *common law*. (REGO, 2016, p. 65, grifos no original).

A sociedade moderna cada vez mais sofisticada e desenvolvida obriga o Judiciário, sobretudo a Suprema Corte a solucionar conflitos de valores como a segregação racial, o progresso econômico, segurança, até privilégios do Executivo, cujas lições são retiradas de decisões calçadas na igualdade e liberdade individual.¹³

Ressalte-se que a autoridade do precedente jurisprudencial, na jurisdição constitucional no sistema de *common law* norte-americano, reforça-se na promoção da estabilidade jurídica e na efetividade processual, e tendo como mote o resultado de evolução

¹²Quanto ao significado e sua origem histórica, Nelmo Versiani pontua que “o sistema do *common law* é um sistema jurídico também conhecido como direito jurisprudencial, direito consuetudinário (costumeiro), em que o Direito é declarado pelo juiz (*judge made law*), sendo o precedente judicial a principal fonte jurídica.” (VERSIANI, 2015, p. 01).

¹³Baracho ensina que “o sistema americano está sob constante processo discursivo.” E prossegue ao afirmar que “os tribunais e a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deveriam sofrer tratamento construtivo e modernizante. Caberia aos magistrados a difícil tarefa de adaptar as normas às novas condições fáticas, não previstas, inicialmente, pelo legislador. A sobrevivência de determinados diplomas legislativos dependeria de nova interpretação” (BARACHO, 1984, p. 228/229).

de séculos, pode-se afirmar que hoje não existem sistemas genuinamente puros de direito, isto em razão da globalização, das relações diplomáticas e em especial do comércio internacional.

Nesta perspectiva, passa-se ao estudo da jurisdição constitucional no sistema de *civil law*, antes de aprofundar na evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil.

2.1.2 A Jurisdição constitucional no sistema de *civil law*

O ordenamento jurídico do *civil law* guarda sua origem e criação no Direito Romano, entre os séculos XVIII e XIX, como forma de unificação do direito naquela época. Por referência, foi com a Revolução Francesa que tal ordenamento se estabeleceu enquanto Direito Codificado. (SANTOS, 2019, p. 01).¹⁴

De lá para cá, este modelo cresceu, desenvolveu-se e se expandiu para diversos países, de maneira que atualmente, países europeus além da Itália, como Portugal, Espanha, Alemanha, França utilizam o sistema de *civil law* e, por força da colonização espanhola e portuguesa, países latino americanos. (CAMPOS, 2017, p. 01).

Em breves linhas, Patrícia Perrone Campos Mello sobre o sistema de *civil law*, assim o descreve:

[...] nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa. (MELLO, 2008, p. 15).

Observa-se que neste sistema predomina o direito positivo, escrito e codificado. A lei é a sua fonte imediata e, ao juiz, por sua vez, cabe o papel de aplicá-la e não criá-la (não criar o direito), ou seja, deve pautar-se na legalidade e não na discricionariedade.¹⁵

Não se pode deixar de mencionar a relevância do art. 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988¹⁶ que consagra o princípio da legalidade enquanto garantia constitucional e

¹⁴Um importante marco no sistema de *civil law* foi a Revolução Francesa nos anos de 1789 e 1799.

¹⁵A respeito das fontes do direito no sistema de *civil law*, Fernando Teófilo Campos ensina que “a fonte imediata do *Civil Law* é a lei. Ou seja, tem-se um comando normativo dotado de generalidade e abstratividade que visa abranger uma pluralidade de casos futuros. Verificam-se que existem outras fontes de interpretação: princípios gerais do direito, doutrina e jurisprudência. Entretanto, a lei é a fonte imediata e primordial. Desta maneira, esta sistemática assegura que os magistrados só podem aplicar as leis elaboradas pelo Legislativo.” (CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Revista Jus Navigandi, Campo Grande, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso: 22 mar. 2020).

mote da atividade jurisdicional, de modo a exemplificar tal ponto. Todavia, isso não significa dizer que no direito norte-americano, tal princípio tenha menor importância ou valorização.

Nesse mesmo sentido, há uma uniformização de decisões que também englobam de modo geral os casos particulares, sendo os tribunais superiores órgãos recursais que supervisionam os juízes e os tribunais de primeiro grau.

Fernando Cristian Marques, nesse tom, sublinha o traço diferencial entre a jurisdição do *common law* e do *civil law*, ao assim descrevê-los:

[...] no Direito saxônico, quanto à atividade dos juristas, o interprete do direito utiliza-se dos precedentes como um todo, por outro lado, no *civil law* o raciocínio do juiz é diferente do primeiro, vez que, neste, o juiz apenas busca a solução na lei e nas fontes do direito. Pode-se afirmar que o traço diferencial de ambas as jurisdições é o modo de pensar do juiz na solução da lide. (MARQUES, 2014, p. 01).

Nota-se, deste modo, que a principal fonte da jurisdição constitucional no sistema de *civil law*, dita imediata, é a lei. Dessa forma, os juízes somente devem aplicar as leis elaboradas pelo poder legislativo, das quais advém a isonomia, equidade, fatos que garantiria segurança jurídica e previsibilidade nas relações em sociedade.

Diante das peculiaridades destes dois grandes sistemas, é oportuno e necessário destacar que a jurisdição no ordenamento jurídico do *civil law* e no *common law* possuem certas afinidades, mas se diferem em vários pontos. Acerca das principais semelhanças e diferenças que existiram (bem como as que ainda existem), mostra-se conveniente tecer alguns apontamentos e considerações.

Inicialmente, para este fim, recorre-se novamente ao entendimento de Castro; Gonçalves, que ao analisarem as afinidades entre ambos os sistemas, pontuam que “de um modo geral, é preciso atentar para o fato de que uma afinidade, para fins de comparação útil entre sistemas jurídicos, só existe caso eles possuam uma base ideológica comum”¹⁷. Continuam os autores, ao disporem que, como elemento de muita importância, “o papel dos costumes é, também, outro ponto inalienável no considerar das afinidades da Common Law e da Civil Law”, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro. (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p. 14).

¹⁶Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (CRFB, 1988).

¹⁷Segundo Castro e Gonçalves esta base ideológica comum “é extraída do controle de constitucionalidade material das leis, denominada, na Common Law como ‘judicial review’, que se pauta pelos **direitos e garantias instituídas no texto constitucional, e nos direitos humanos**” (2012, p. 13, grifou-se).

Em relação às diferenças, Tavares (2005, p. 128) citado por Campos (2017) assim destaca:

O modelo codificado (*civil law*) se caracteriza pelo raciocínio abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos, a partir de normas gerais; ao passo que o modelo de precedente judicial (*common law*), fortemente centrado na decisão judicial (*judge made law*), atua por um raciocínio indutivo, pelo qual se busca nos julgados a fonte/norma de decisão dos casos subsequentes. (CAMPOS, 2017, grifos do autor).

Por conseguinte, enquanto no sistema de *civil law* a decisão possui função interpretativa de modo a orientar e nortear a interpretação da lei pelos juízes, diferentemente no sistema de *common law* ocorre o acatamento incontestável e vinculante do precedente judicial.

Por exemplo, no *civil law* (modelo também adotado no Brasil) os operadores do direito recorrem primeiramente à lei e, subsidiariamente à jurisprudência, já no sistema de *common law*, recorrem primeiramente aos casos (precedentes) e, se depararem com uma lacuna, recorrem à lei positivada. (GONÇALVES, 2012, p. 05).

Embora tenham diferenças, sob uma ótica reflexiva, nota-se que “a aplicação do sistema jurídico da Common Law no ordenamento jurídico brasileiro, em concomitância com a preservação de certas características do Civil Law, ambos se complementam mutuamente” (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p. 14).

Da mesma forma, os autores ainda apontam que, ao compararem-nos às imposições do Neoconstitucionalismo por exemplo, isso levaria “a um melhor e mais dinâmico atendimento aos anseios sociais, [...] onde a vontade popular é preservada pelo Direito, onde todos participam ativamente da confecção deste, não apenas por meio do voto, mas através do próprio Processo Legal”. (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p. 14).

E prosseguem, ao mostrarem que os litigantes deixariam de ser meros expectadores para atuarem de modo participativo na construção do Direito, isto ao levarem para a lide não somente o “evocar” das normas jurídicas do *civil law*, mas também os usos e costumes do campo social e as jurisprudências que podem ser empregadas na justificação dos fatos. (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p. 14).

Nesta concepção, passa-se ao estudo da evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil até se chegar na recente atuação do Supremo Tribunal Federal.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Para entender melhor a evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil e essa transição, mostra-se necessário recorrer aos tempos da proclamação da República (fins do século XIX), ou melhor, a partir dela, quando o controle de constitucionalidade das leis surgiu.

Em que pese a jurisdição constitucional brasileira tratar-se de uma história ainda em construção, é possível vislumbrar um pouco sua real e tamanha importância, entendida como a “garantia jurisdicional da constituição”. (KELSEN, 2007, p. 123/124). Importância esta, fortalecida na medida em que já se passaram cento e trinta e um anos desde a implantação do controle de constitucionalidade no Brasil (1889 - 2020).

Não obstante o fato de o controle ter sido inspirado no sistema norte-americano do *judicial review*, o sistema jurídico brasileiro era o *civil law*, portanto apoiado na lei escrita, num direito codificado e positivado.

Nesse período o sistema jurídico americano, o *common law*, apoiava-se na regra do *stare decisis*¹⁸, que em português significa “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”, o qual impõe força normativa aos precedentes Judiciários. (REGO, 2016, p. 22)

A diferença entre estes dois grandes sistemas jurídicos, fez com que, mais adiante, ocorressem adaptações no sistema de controle de constitucionalidade difuso e concreto. E apesar do aprimoramento do controle difuso de constitucionalidade, no Brasil passou-se a adotar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. (LAGO, 2010, p. 01).

A partir de então, embora os dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade tenham convivido de forma harmônica, ambos continuam sendo, de certa forma, aperfeiçoados. Afirma-se, contudo, que com o passar do tempo, se aproximam cada vez mais um do outro. É o que se examina, apoiando-se nos textos constitucionais brasileiros, conforme sua ordem cronológica, por meio dos quais é possível verificar como ocorreu a evolução da jurisdição constitucional no Brasil.

¹⁸A regra do *stare decisis*, adágio de origem latina, “*stare decisis et non quieta movere*”. Nessa regra, como os juízes encontram-se vinculados às decisões anteriormente prolatadas, estes precedentes judiciais, detém autoridade para assegurar certa estabilidade ao direito, e conseqüentemente, segurança jurídica.

2.2.1 A Constituição do Império de 1824

Outorgada pelo imperador D. Pedro I, a Constituição do Império (BRASIL, 1824) foi omissa quanto ao controle de atos do Legislativo pelo Judiciário em caso de inconstitucionalidade. Ressalte-se que em seu art. 15¹⁹, conforme a língua portuguesa da época, atribuía-se ao próprio Legislativo a obrigação (ou prerrogativa) de “fazer as leis, interpreta-las, suspende-las e revoga-las” e, inclusive, de “velar na guarda da Constituição”. (BRASIL, 1824).

Com efeito, explica-se tal fato, pela influência exercida no direito brasileiro (Carta de 1824) por doutrinadores da Inglaterra e da França, nas palavras de Dirley da Cunha Junior “da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes.” (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 263).

Também não se pode deixar de mencionar que se ignoraram as premissas do Direito Constitucional norte-americano, especialmente sobre o controle de constitucionalidade, formando uma espécie de lacuna. De modo diverso do modelo estadunidense, a Constituição Imperial brasileira atribuiu somente ao próprio Legislativo a obrigação de apreciar a lei maior. A propósito, dispunha o art. 163, da Constituição que:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - **Supremo Tribunal de Justiça** - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. (BRASIL, 1824, grifou-se).

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, aponta para um tom de crítica na medida em que no Brasil se ignorava a ausência de competência jurisdicional, na época, pelo então “Supremo Tribunal de Justiça”, quanto ao controle de constitucionalidade de atos dos demais poderes. (BITTENCOURT, 1968, p. 17-18).

Cabe sublinhar que, enquanto característica histórica, havia a quatripartição de poderes, isto é, existia também o Poder Moderador. O Imperador era uma espécie de “Chefe Supremo da Nação” (BRASIL, 1824), cuja delegação lhe conferia a função de manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos” (BRASIL, 1824). Dessa forma, a Constituição lhe concedeu expressamente a chave de toda a organização política, o que, por manifesto, não sobriaria alguma possibilidade de exercício do controle dos atos do Legislativo pelo Judiciário.

¹⁹Art. 15. É Atribuição da Assembleia Geral: [...] VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las, e revoga-las. [...] IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”. (BRASIL, 199-a).

2.2.2 A Constituição de 1891

De início, nota-se que, com a crise da monarquia e a proclamação da República em 1889, um novo ordenamento constitucional foi produzido, e um controle judicial foi criado com objetivo de proteger o federalismo. (LAGO, 2010, p. 01).

Pouco tempo depois, em 1891 foi escrita a segunda Constituição brasileira, intitulada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

A inspiração brasileira no sistema americano não é de agora, pois se reporta ao principal marco - o caso *Marbury v. Madison* - julgado pela Suprema Corte em 1803. Neste caso, o controle de constitucionalidade também serviu para proteger o federalismo de uma iminente crise, e foi exatamente neste modelo que o Brasil se inspirou, sendo Rui Barbosa²⁰ o responsável pela sua importação.²¹ Em suas palavras “[...] os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar [...] eram discípulos de Madison e Hamilton” (BARBOSA, 2010, p. 30).

O controle que estava sendo implantado era concreto e exercido de modo difuso por quaisquer juízes no âmbito federal²².

Neste sentido, dispunham os artigos 59 e 60, com redação dada pela Emenda Constituição nº 3 (BRASIL, 1891) da Constituição:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar:

[...]

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; (BRASIL, 1891, grifou-se).

²⁰Rui Barbosa, a par do controle de constitucionalidade que estava sendo implantado no Brasil naquela época, já afirmava que o modelo não se tratava de declarar inconstitucional os atos do poder executivo, ao contrário, era o poder dado à justiça de “pronunciar a inconstitucionalidade nos atos do Congresso Nacional”. (BARBOSA, In: LACERDA, 1997, p. 530).

²¹Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam que “o regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, a e b)” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1217).

²²Vide Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.

Veja-se que se abandonou o sistema de controle de constitucionalidade exclusivamente político e se adotou um controle de constitucionalidade difuso (OLIVEIRA, 2020, p. 34). É o que se confirma através dos ensinamentos de Jayme Gustavo Arana, ao dispor que, “na Constitucional Republicana de 1891, realizada sob a influência do constitucionalismo norte-americano, o qual teve sua inserção no país sob a ação de Rui Barbosa, houve a adoção do tipo de controle jurisdicional difuso no ordenamento pátrio.” (ARANA, 2013, p. 15).

De se notar, que, diferentemente do sistema norte-americano, a Constituição de 1891 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever, em última instância, sentenças das Justiças Estaduais quando questionados tratados ou leis federais, ou ainda quando se contestasse a validade de leis federais em face da Constituição ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais.

Apesar de ter se tornado um marco no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao controle de constitucionalidade, este sistema também enfrentou algumas críticas. Na visão de Dirley da Cunha Junior ele era deficitário “[...] pela possibilidade de existirem decisões conflitantes entre vários órgãos Judiciários competentes para o controle de constitucionalidade, circunstância que propiciava um estado de incerteza no direito [...]” (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 265). Segundo ele, essa deficiência foi mitigada na Constituição de 1934, quando se passou ao Senado Federal a atribuição de suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 265).

Todavia, em que pesem as críticas, não há como olvidar que se estabeleceu uma baliza no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da qual se desdobrou um conceito de controle de constitucionalidade para as próximas Constituições.

2.2.3 A Constituição de 1934

Com a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), o sistema foi aperfeiçoando-se um pouco mais quanto à eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal e à vinculação dos juízes àquela.

Ela previu, dentre outras novidades, como aponta Rodrigo Pires Ferreira Lago, a possibilidade do Senado Federal suspender “a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, dando eficácia geral às decisões do controle concreto de constitucionalidade.” (LAGO, 2010, p. 17).

Por certo, inovou ao firmar no seu art. 179, que somente “por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” (BRASIL, 1934).²³ Instituto que mais adiante seria chamado de cláusula de reserva de plenário. Com isso, foi a primeira vez que se introduziu a ideia de controle abstrato de constitucionalidade²⁴.

Sobre as atribuições do Procurador Geral da República, outra alteração constitucional, disse respeito, especialmente, à criação da representação interventiva no seu art. 12, § 2º (BRASIL, 1934) (LAGO, 2010, p. 03). Também, outra importante alteração encontra-se no art. 96 (BRASIL, 1934), de modo que, se fosse declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República deveria comunicar ao Senado Federal, ao qual, nos termos do art. art. 91, IV, caberia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1934). Essa regra, por certo conferiu, efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Até o Gilmar Ferreira Mendes considera a representação interventiva como a mais importante inovação trazida pela Constituição de 1934, em suas colocações, por revelar-se como “[...] a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno [...]” (MENDES, 1999, p. 238). Por fim, embora tenha vigido por um pequeno período (1934-1937) na história do ordenamento jurídico brasileiro, ela se revelou como marco importante no desenvolvimento nacional, voltada para o controle direto (mediante ação direta) de constitucionalidade que não se repetiria na próxima Constituição.

²³Com esse quórum de maioria absoluta, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “[...] evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais.” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1221).

²⁴A respeito do controle abstrato de constitucionalidade, Rodrigo Pires Ferreira Lago explica que “na prática, toda vez que os poderes políticos pretendessem intervir em um estado, o que deveria ser feito mediante lei, teriam que submeter esta lei ao prévio controle judicial de constitucionalidade, como requisito de validade. Trata-se, pois, de um controle judicial preventivo, e não repressivo como ocorre presentemente a ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, e também considerada a limitação do objeto e dos parâmetros de controle, tem-se que a representação interventiva é apenas um esboço do atual controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Esta Constituição pouco viveu, porque foi substituída pela Constituição de 1937, outorgada pela ditadura do Presidente Getúlio Vargas. Mas os avanços teóricos alicerçados em seu texto serviriam de influência para futuras constituições.” (LAGO, 2010, p. 03).

2.2.4 A Constituição de 1937

Com a Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), outorgada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas durante o Estado Novo e conhecida como *polaca*²⁵, inseriu-se uma espécie de cláusula não-obstante²⁶.

Este período foi marcado pela redução das garantias constitucionais e aumento do poder nas mãos do Presidente da República. Embora a Constituição tenha ratificado a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis e mantido o quórum de maioria absoluta para a sua declaração, de certo modo, ela enfraqueceu a supremacia judicial, conforme dispunha o art. 96:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, **ficará sem efeito a decisão do Tribunal.** (BRASIL, 1937, grifou-se).

Para se ter uma ideia do tamanho do poder centrado nas mãos do Presidente, ainda que uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o chefe do poder Executivo passou a ter poderes para submetê-la novamente ao Parlamento, sob risco de ser

²⁵A Constituição de 1937 ficou conhecida como Polaca, por ter sido baseada na Constituição dominadora da Polônia. Foi redigida por Francisco Campos, então ministro da Justiça do novo regime. A característica principal dessa constituição era a grande concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores e a esses, por sua vez, cabia nomear as autoridades municipais. (Só História. **Constituição Polaca – 1937**. Era Varas, material de apoio. Disponível em: https://www.sohistoria.com.br/ef2/eravargas/p3_2.php. Acesso: 25 mar. 2020).

²⁶A cláusula não-obstante permite que legislador reedite uma lei declarada inconstitucional pelo judiciário (Suprema Corte), o que inclui o afastamento, portanto, do caráter vinculante e definitivo da decisão judicial. Em outras palavras, constitui no direito dado ao Congresso Nacional para vetar as decisões do STF quando decida sobre a inconstitucionalidade de alguma lei. É um modelo canadense de controle fraco de constitucionalidade, previsto na Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, conforme se apresenta *ipsis litteris*: “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 or 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).” (CANADA. **Department of Justice**, CA. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html>. Acesso: 20 mar. 2020).

aplicada se confirmada sua validade com base no “bem estar do povo” ou na “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.” (BRASIL, 1937).²⁷

Ademais, como destaca Marcelo Matos de Oliveira, “nessa Constituição não se repetiu o instituto da representação interventiva nem a suspensão, pelo Senado, da execução de norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (OLIVEIRA, 2020, p. 34).

Sabe-se que, na prática, nos períodos de recessos ou de dissolução do parlamento, diversos direitos eram delegados e exercidos pelo Presidente da República, haja vista que durante o Estado Novo o parlamento permaneceu praticamente fechado. (LAGO, 2010, p. 03/04).

2.2.5 A Constituição de 1946

Em tempos de redemocratização do país, em 1946 com o advento da nova Constituição (BRASIL, 1946), manteve-se o modelo de controle difuso da Constituição de 1937, porém sem a chamada *clausula de não-obstante*, bem como não se restabeleceu o dispositivo do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 (BRASIL, 1946).

Digna de nota, essa característica fez com que o sistema constitucional brasileiro se aproximasse um pouco mais com o sistema americano, sobretudo ao não submeter a decisão do Judiciário ao Parlamento, garantindo-se, de certo modo, a independência e supremacia das decisões do Judiciário.

Ressalte-se que as inovações anteriores da Constituição de 1934, como a representação interventiva e a previsão de suspensão da execução, pelo Senado, dos atos normativos declarados inconstitucionais pelo Judiciário, foram reinseridos na Constituição de 1946.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização do país, do ponto de vista social, político e jurídico, Jayme Gustavo Arana faz a seguinte observação:

Com a saída de Getúlio Vargas, há o fim do denominado Estado Novo e tem início um período de redemocratização, no qual foram minimizadas as atribuições conferidas ao Poder Executivo, de modo a restabelecer o equilíbrio entre os poderes; ocorre a constitucionalização do mandado de segurança, a fim de possibilitar uma maior proteção dos direitos de caráter líquido e certo que não tenham a proteção

²⁷Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a Carta de 1937 ainda “vedou, expressamente, ao judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319)” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1224).

conferida pelo hábeas corpus ou pela ação popular e a propriedade passa a ser submetida à sua função social, de modo que passa a ser possível a ocorrência da desapropriação quando da ocorrência de interesse de caráter social. (ARANA, 2013, p. 19).

Por esta constituição, além desses instrumentos para exercício de direitos fundamentais, concentrou-se nas leis estaduais que, porventura, ofendessem os princípios tratados como sensíveis pela própria Constituição. Nela, “o Judiciário teria recobrado sua supremacia e o poder de proferir a última palavra em questões de porte constitucional” (OLIVEIRA, 2020, p. 39).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965 (BRASIL, 1965), ocorreu importante modificação. Embora tenha se assemelhado com a ação direta de inconstitucionalidade conhecida nos dias de hoje, o legitimado para a ação era exclusivamente o Procurador Geral da República (PGR) que cumulava essa atuação, com vistas à resolução de conflitos federativos (art. 2º, alínea “k”). Veja-se, contudo, que isto fez nascer uma dificuldade e também uma controvérsia, conforme se observa nos dizeres de Rodrigo Pires Ferreira Lago:

A dificuldade inicial foi tamanha que a primeira representação fundada na Carta de 1946 recebeu o número de 93, posto que foi classificada genericamente como representação, dada a ausência de classificação própria para a representação interventiva. Logo surgiu a controvérsia se o Procurador Geral da República, único legitimado a provocar o Supremo Tribunal Federal, ao receber uma notícia de inconstitucionalidade poderia arquivá-la, se entendesse improcedente a arguição. Esse debate se estenderia ao longo dos anos, tanto no campo doutrinário, como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Houve representação onde de pronto do Procurador opinava pela improcedência. Em outras, o Procurador Geral da República encaminhava a representação ao STF, mas em seguida emitia parecer em sentido contrário à pretensão. (LAGO, 2010, p. 04).

Por essa Emenda à Constituição n. 16 (BRASIL, 1965), ainda sob a vigência da Constituição de 1946, passou-se a permitir também o controle de constitucionalidade de leis municipais diante das constituições dos estados, cuja competência era exercida pelos respectivos Tribunais de Justiça, como dispunha o art. 101, I, “k”, da Constituição (BRASIL, 1946).²⁸

²⁸ Zeno Veloso, a par da representação interventiva, afirma que “a manifestação do STF, atendendo a representação do Procurador-Geral da República, não operava *erga omnes*, e tinha o escopo de constatar a violação de princípio constitucional sensível, para legitimar a decretação da intervenção da União no ente federativo. Mas a solução da Constituição de 1946 significou um novo e vigoroso passo para a instituição do controle concentrado.” (VELOSO, 2010, p. 33, grifos no original). Por essa Constituição, conforme art. 8º, parágrafo único (BRASIL, 1946), a intervenção federal seria decretada para assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; e g) garantias do Poder Judiciário. (art. 7º) (BRASIL, 1946).

Nessa trilha, permitiu-se o controle concentrado de competência exclusiva do Supremo Tribunal, bem como o controle difuso incidental de constitucionalidade atribuído aos juízes e tribunais nos casos concreto, em outras palavras, inaugurava-se o controle misto de constitucionalidade.

Cumpra lembrar que a legitimidade restrita ao Procurador Geral da República referente à representação intervenção, foi alvo de discussões. Sobre isso, Luís Roberto Barroso ao falar sobre a discricionariedade do PGR em encaminhar possível notícia de inconstitucionalidade, por via principal ou por ação direta de inconstitucionalidade, afirma que “tem como antecedente, embora de alcance limitado, a denominada representação interventiva, criada pela Constituição de 1934” (BARROSO, 2016, p. 145). Barroso prossegue dispondo que, em contrapartida, “foi com a introdução da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16 de 1965, que o controle por via principal teve ampliado o seu objeto, dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema.” (BARROSO, 2016, p. 145).

Não se pode olvidar que, iniciada a década de 1960, diante da proximidade do regime militar (1964-1985), algumas limitações alcançaram os juízes e membros do Judiciário, que tiveram barradas as possibilidades de apreciação judicial dos atos praticados, por mando do regime militar iniciado em 1964. A propósito, Oliveira afirma que, nesse período “o controle de constitucionalidade, embora esboçado como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e outras normas constitucionais, viu-se no Brasil ferramenta de controle e repressão do Estado.” (OLIVEIRA, 2020, p. 40).

2.2.6 A Constituição de 1967

Com a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), outorgada pela ditadura militar, não se inseriram modificações relevantes, tão apenas mantiveram-se os dois sistemas de controle de constitucionalidade (difuso e a representação de inconstitucionalidade²⁹).

Nela, contudo, foi retirada a representação de inconstitucionalidade quanto às normas municipais diante das constituições dos estados, outrora incluída pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965 (BRASIL, 1965).

Não obstante, algumas modificações ocorreram com a Emenda Constitucional n. 7 e o Ato Institucional n. 5, através dos quais limitaram-se garantias de funções do Estado (do

²⁹Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Executivo e Judiciário). Por meio da primeira passou-se a contar com a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada no Supremo Tribunal Federal. (OLIVEIRA, 2020, p. 40).³⁰ Já o segundo, previu na ação constitucional a previsão de possibilidade de concessão de medida cautelar em representações genéricas de inconstitucionalidade, caso requerida pelo Procurador Geral da República. (CUNHA JUNIOR, 2018, p. 267 apud OLIVEIRA, 2020, p. 40).

Neste ínterim, assim dispunham os artigos 119 e 114, com redação dada pela Emenda Constituição nº 7 (BRASIL, 1977) da Constituição:

Art 119 - Aos Juizes Federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto, as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Militar ou a do Trabalho, conforme determinação legal;

[...]

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

l) **a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;** (BRASIL, 1977, grifou-se).

Também é de se lembrar que o Ato Institucional n. 5 de 1968 (BRASIL, 1968) além de limitar no seu texto diversas garantias, conferiu poderes ao Presidente da República de até destituir sumariamente juízes, caso fossem subversivos ou não cooperativos com o regime da época.

2.2.7 A Constituição de 1988

Vigente no Brasil desde o ano de 1988, a Constituição conhecida como “cidadã” (adjetivo dado pelo então Deputado Federal Dr. Ulisses Guimarães) como ainda é chamada (BRASIL, 1988), ampliou de modo significativo os meios de proteção judicial e o modelo de controle de constitucionalidade. Houve, portanto, a mesclagem do modelo difuso incidental com o modelo concentrado de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco pontuam que “a Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1234).

³⁰A Emenda n. 7 de 1977, conforme descrevem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República.” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1228/1229).

Marcelo Matos de Oliveira, nesse tom, ensina que “quanto ao modelo difuso incidental, numa demanda judicial concreta, todo e qualquer órgão judicial – juiz ou tribunal – pode exercer o controle de constitucionalidade de atos ou omissões do poder público”. (OLIVEIRA, 2020, p. 41).

Registre-se que, quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, o Judiciário pode ser provocado mediante: a) ação direta de inconstitucionalidade – por ação ou omissão (ADO); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva; c) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (OLIVEIRA, 2020, p. 42).

Jayme Gustavo Arana pontua que, “tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f)” (ARANA, 2013, p. 22/23). E, de acordo com a Emenda n. 3 de 1993 (BRASIL, 1993) que incluiu a alínea “a”, inciso I e §2º do art. 102 da Constituição da República de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988), que trata a respeito da ADC de lei ou ato normativo federal, dotado de eficácia *erga omnes* cujo efeito é vinculante, assim dispõe a Constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988).

Sabidamente, em caso de obscuridades ou dúvidas acerca da constitucionalidade de uma norma, um dos legitimados à propositura da ADC poderia reclamar diretamente ao Supremo Tribunal Federal, para que este se pronuncie acerca da constitucionalidade da mesma. Deste modo, tal pronunciamento serviria de precedente orientador aos juízes para decidirem diante de casos e fatos semelhantes.

Há de se observar que, a Constituição manteve a representação interventiva, de modo a compatibilizar o direito estadual aos princípios sensíveis, nos termos do art. 34, VII, c/c o art. 36, III. (BRASIL, 1988).

Sobre isso, dispõe os referidos artigos da Constituição:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...]

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

[...]

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (BRASIL, 1988, grifou-se).

Esta redação já se encontra alterada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (BRASIL, 2004), que conferiu efeito vinculante para as decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Em relação aos subordinados, os mencionou *ipsis litteris*, por sua vez, nos termos do art. 102, §2, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 1988).

Sobre a Constituição, assentada no controle concentrado de constitucionalidade, Jayme Gustavo Arana discute que “foi com a Constituição cidadã, [...] que, muito embora mantido modelo misto (*concreto e abstrato*), o dito controle abstrato/concentrado ganhou força, superando definitivamente o controle concreto/difuso.” (ARANA, 2013, p. 23).

Todavia, Marcelo Matos de Oliveira, questiona tal premissa, em estudos que passa pelo exame do modelo concentrado, em sede de ação direta principal, em abstrato, em que “somente o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição da República”. OLIVEIRA, 2020, p. 42). E acrescenta ao dispor que também os Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, por intermédio de “ação direta principal em abstrato”, podem exercer o controle em relação aos atos normativos estaduais ou municipais que, por ventura, vierem a contrariar as Constituições dos respectivos Estados. (OLIVEIRA, 2020, p. 42).

Malgrado tais questionamentos, em 1999 ocorreu a edição de duas importantes leis, a primeira, Lei nº 9868/1999 (BRASIL, 1999) que dispôs sobre o “processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”. A segunda, Lei nº 9882/1999 (BRASIL, 1999) dispôs sobre “o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição da República de 1988”.

Nessa toada, dadas as alterações produzidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, os legitimados a propor ações constitucionais, aumentaram, e conforme o art. 103 (BRASIL, 1988), se apresentam:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
 § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.
 [...]

 § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. (BRASIL, 1988).

A respeito desse rol de legitimados que ampliou-se, Carlos Victor Muzzi Filho e Antônio Carlos Diniz Murta, ponderam que:

[...] Todos esses instrumentos processuais, se, por um lado, permitiram ampliar imensamente o alcance do controle concentrado de constitucionalidade (elevando o STF ao papel de *protagonista principal* da vida política brasileira contemporânea), por outro lado, obviamente, resultaram no aumento de ações tramitando no STF. (MUZZI FILHO; MURTA, 2016, p. 325).

Assunto este, que Gilmar Ferreira Mendes complementa, ao considerar que:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta [...] permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 1999, p. 256).

Nesse contexto, com o advento da Súmula Vinculante nº 10, o Supremo Tribunal Federal dispôs sobre a cláusula de reserva de plenário³¹. Também conhecida como *full bench*³² (OLIVEIRA, 2020, p. 43), ela se refere ao quórum do órgão julgador, mantida para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

De acordo com o art. 97 da Constituição da República de 1988, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, ou seja, pelo tribunal pleno. (BRASIL, 1988).

Neste tema, a súmula vinculante de nº 10 orienta:

³¹A cláusula de reserva de plenário, encontra-se prevista no art. 97 da Constituição da República de 1988, a qual determina que o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, quando efetuada por tribunal, somente será possível pelo voto da maioria absoluta dos membros ou dos membros de seu órgão especial, nos termos do art. 93, inciso XI, da Constituição da República de 1988, ou seja, pelo tribunal pleno.

³²Faz referência ao julgamento pelo plenário de um órgão colegiado. (OLIVEIRA, 2020, p. 43).

Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (BRASIL, 2008).

Cabe sublinhar que, dentro dessa mesma trilha, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade é permitida a concessão de medida cautelar. A respeito dessa concessão, a Lei nº 9882/1999 caminha no mesmo sentido, uma vez que atribuiu ao relator, o poder de, em caso de “extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”, conceder limitar, **monocraticamente**. Grifou-se.

Sem embargo, o que se observa na prática, é um aumento desenfreado do número de decisões monocráticas em sede de ações de controle de constitucionalidade, decididas pelos membros do Supremo Tribunal Federal. Tal fato mostra-se preocupante, na medida em que, como afirma Carlos Victor Muzzi Filho “a estratégia de privilegiar a atuação monocrática dos ministros foi um dos principais mecanismos empregados pelo STF (e pelos tribunais em geral) para tentar dar conta do caudaloso volume de processos que, a cada ano, é recebido pelo tribunal” (MUZZI FILHO, 2015, p. 448). O que, na sua visão, “ao privilegiar a atuação monocrática dos Ministros, o STF viu diminuir acentuadamente número de decisões colegiadas.” (MUZZI FILHO, 2015, p. 448).

Via de regra, essas decisões, efetivar-se-ão em caráter geral no ordenamento jurídico, ainda que decidida precariamente e de forma monocrática.

Como forma de ilustrar, veja-se um trecho de uma decisão do ano de 2018 do Ministro Celso de Mello, em sede de medida cautelar na Reclamação nº 31158 (Pernambuco), cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, por meio da qual é possível entender seus efeitos em concessão de medida cautelar, embora de caráter geral:

[...] vale dizer, nas hipóteses de concessão monocrática, como sucede na espécie, a medida cautelar – quando ausente deliberação do Relator em sentido contrário – **revestir-se-á de eficácia imediata**, gerando, desde logo, **todos os efeitos e consequências inerentes a esse provimento jurisdicional, independentemente de ainda não haver sido referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

[...]

Cumprir enfatizar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal tem assinalado ser **imediata a eficácia resultante de decisão, ainda que monocrática**, concessiva de medida cautelar em sede de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade

[...]

Insista-se, desse modo, por oportuno e necessário, que, embora sujeita ao referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 21), a decisão concessiva de medida liminar em sede de controle abstrato que suspenda, cautelarmente, o julgamento dos processos que envolvam a aplicação do ato normativo objeto da ação declaratória de constitucionalidade até seu julgamento definitivo reveste-se de **eficácia imediata**, produzindo, em consequência, até ulterior julgamento plenário da Corte Suprema, **todos os efeitos próprios do deferimento**, em “*full bench*”, do provimento cautelar no âmbito do processo

objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. (BRASIL, 2018, grifou-se).

Sobre o controle de constitucionalidade da Constituição de 1988, Oliveira ensina que as decisões do STF são “insusceptíveis de invalidação pelas instâncias representativas/políticas”, contudo, ele prossegue afirmando que isso não impede que se “edite nova lei com conteúdo similar ao que se viu declarada a inconstitucionalidade”. (OLIVEIRA, 2020, p. 44). Isso implica afirmar, em outras palavras, o fato de não haver vinculação da atividade legislativa aos efeitos vinculantes, baseado nos artigos 102 e 103-A da Constituição da República. (BRASIL, 1988).³³

Infere-se, dessa forma, como já apontado anteriormente, que o controle de constitucionalidade realizado no Brasil é misto, portanto, um controle *sui generis*³⁴. Por esta razão, de modo a compatibilizar a segurança jurídica, a estabilidade, a independência e, especialmente a supremacia da Constituição, é que, desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição da República de 1988 atual, as influências europeias e americanas se fazem presentes.

Na cena institucional brasileira, é importante pontuar o amplo rol de legitimados para propositura de demandas a serem apreciadas pelo Judiciário. Apesar dessa amplitude, “reforçada por aquele ‘*compromisso maximizador*’ da Constituição Federal de 1988” (MUZZI FILHO, 2016, p. 323, grifos no original), não menos importante é reconhecer que a ação direta de inconstitucionalidade conduziu o ordenamento a um cenário em que parcelas da sociedade, órgãos e instituições possam arguir a contrariedade de leis e normas ante a Constituição, diante dos respectivos Tribunais competentes.

Destarte, são estas as características deste modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, dito peculiar, fruto de uma amálgama, e denominado controle complexo ou misto.

³³Cumpre-nos informar que referente ao controle político, o mesmo não será objeto de estudo no presente trabalho.

³⁴Há quem divirja dessa definição sobre o controle de constitucionalidade realizado no Brasil, como por exemplo José dos Santos Carvalho Filho. Segundo este autor não existem dois sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, mas sim “um sistema eclético de jurisdição constitucional”, o qual denomina “sistema brasileiro eclético” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 87).

3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA REALIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Vimos no capítulo anterior que os sistemas de *common law* e *civil law* foram os dois grandes sistemas judiciais de controle de constitucionalidade, mas não os únicos.

Acertadamente, além desses dois sistemas, existem outros modelos que também possuem liberdade e autossuficiência para outorgar competência e definir regras que entenderem necessárias na esfera do controle de constitucionalidade das leis e das normas.

Neste capítulo, por sua vez, serão abordados outros sistemas de controle de constitucionalidade (também chamados modelos de justiça constitucional ou movimentos constitucionais). Cada qual com suas características e amálgamas, haja vista a contínua e progressiva mesclagem de mecanismos de controle de constitucionalidade, considerando as suas adaptações aos diferentes povos, bem como suas culturas e peculiaridades.

Nesse sentido, são oportunos os ensinamentos de Alexandre de Moraes, o qual afirma que “apesar da diversidade de modelos, historicamente, é possível identificar três grandes modelos de justiça constitucional,” quais sejam, o “[...] modelo *norte-americano*, *modelo austríaco* e *modelo francês*” (MORAES, 2008, p. 704, grifos no original). Tal classificação, leva-se em consideração os diferentes sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos, para garantir a supremacia da Constituição.

Para que haja essa supremacia, é importante que exista uma hierarquia normativa da Constituição em relação às demais normas que se encontram abaixo dela (legislação infraconstitucional), tanto na forma quanto no conteúdo, de modo a torná-la sinônimo de segurança jurídica (do ponto de vista de certeza e estabilidade) e efetividade (que produza eficazes e permanentes efeitos).

Todas essas características são mais precisas, estáveis e factuais em Estados cujas Constituições são escritas, ou seja, aquelas que para serem alteradas necessitam passar por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que as demais espécies normativas. (MORAES, 2008, p. 10). Dessa forma, a defesa da Constituição e de sua supremacia impõe que se fiscalize todas as demais normas inferiores a ela. Em outras palavras, nisto consistem os sistemas de controle de constitucionalidade.³⁵

³⁵Alexandre de Moraes afirma que a ideia central do controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. (MORAES, 2008, p. 699).

Marcelo Matos de Oliveira afirma que, “diante da superioridade das constituições sobre as leis e atos produzidos pelo Legislativo e Executivo, entendeu-se indispensável a criação desse controle de constitucionalidade”, que, segundo ele, constitui “um sistema de regras que promove a verificação contínua acerca da conformidade de toda produção normativa com regras e princípios constitucionais”. (OLIVEIRA, 2020, p. 17).³⁶

Sabe-se que existem vários pressupostos ou requisitos adotados para definir os modelos de controle de constitucionalidade; são múltiplas também as espécies de controle, modos, e suas apreciações pelos poderes públicos instituídos.

Quanto às espécies, considerando o controle repressivo em relação ao órgão controlador, por alvedrio do legislador, elas se classificam em controle político, judicial e misto. Entretanto, enquanto tema deste capítulo, o trabalho centrar-se-á no controle judicial, ou seja, naquele exercido pelos integrantes do Judiciário.³⁷

À luz do direito comparado, Jeremy Waldron, quando do estudo sobre o *Judicial Review*, ressalta que “existem uma variedade de práticas ao redor do mundo que poderiam ser agrupadas sob a classificação geral de controle de constitucionalidade das leis.” (WALDRON, 2017, p. 99). Na sua visão, essas práticas podem ser diferenciadas conforme as dimensões. Todavia, a mais importante diferença é a que ele denominou encontrar-se entre o “controle de constitucionalidade forte” e o “controle de constitucionalidade fraco”. (WALDRON, 2017, p. 100).³⁸ Ainda no campo jurisdicional, Waldron também se refere, àquilo que ele classifica como sendo “casos intermediários”, citando, como exemplo, o Canadá.³⁹

As espécies de controle de constitucionalidade em relação ao momento de realização classificam-se em controle preventivo e controle repressivo. O primeiro, é aquele que visa impedir que alguma norma eivada de inconstitucionalidade adentre no ordenamento jurídico, e é realizado, via de regra, pelos Poderes Executivo e Legislativo. O segundo, visa retirar do

³⁶Sobre isso, Alexandre de Moraes aponta que “o controle exercido pelos Tribunais Constitucionais, longe de configurar um desrespeito à vontade popular emanada por órgãos eleitos, seja no Executivo seja no Legislativo, constitui um delicado sistema de complementaridade entre Democracia e o Estado de Direito, que para manter-se balanceado, deve possuir claras e precisas regras sobre sua composição, competência e poderes.” (MORAES, 2008, p. 705/706).

³⁷Diga-se de passagem é a regra adotada no Brasil.

³⁸Segundo Waldron, no “sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais tem autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo [...] ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais.” Por outro lado, no “sistema de controle de constitucionalidade fraco, os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplica-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados.” (WALDRON, 2010, p. 100/101).

³⁹Waldron menciona que “no Canadá existe uma disposição para revisão de legislação pelos tribunais, e lá os tribunais, como suas contrapartes norte-americanas, podem deixar de aplicar uma lei nacional ou provincial caso esta viole as disposições da Carta de Direitos e Liberdades Canadenses”. (WALDRON, 2010, p. 102).

ordenamento jurídico a norma ou lei editada que contrarie a Constituição, e é realizado pelo Poder Judiciário (MORAES, 2008, p. 703). Este último, o repressivo, pode ainda ser exercido na forma concentrada ou na forma difusa, como se verá a frente.

Um outro modo de classificar os sistemas de controle de constitucionalidade diz respeito ao controle repressivo, portanto via judicial.

O controle difuso ocorre na análise de um caso concreto, pela via de exceção ou defesa (de maneira incidental) e originou-se no tão conhecido caso norte-americano “*Marbury versus Madison*.” (MORAES, 2008, p. 709). Já o controle concentrado, por sua vez, corresponde àquele controle abstrato (norma genérica abstrata), atribuído a um órgão apenas (no caso brasileiro, ao STF), em que não há um caso concreto, e sim o exame da constitucionalidade de um ato normativo ou de uma lei. (MORAES, 2008, p. 730).

Além dos modelos de controle de constitucionalidade já mencionados até aqui, observa-se que, com o constitucionalismo moderno, outros modelos surgiram, sobretudo com o término da 2ª Grande Guerra Mundial. Visou-se, sob o manto da legalidade, a supremacia da Constituição, os direitos fundamentais e os direito das minorias, e como pontua Tatiana Mareto Silva “[...] associado ao constitucionalismo moderno, efetivou-se após o fim da 2ª Guerra Mundial”, a consolidação do “papel do Estado como atuante para a garantia de direitos aos cidadãos, atribuindo-lhe papel mais significativo do que a abstenção de uma intervenção.” (SILVA, 2016, p. 277).

Note-se que, no Brasil, há uma espécie de controle de constitucionalidade complexo, aperfeiçoado com o passar do tempo e na medida em que abarca características de outros modelos constitucionais.⁴⁰

Sob a influência de sistemas encontrados em outros países, observa-se, especialmente, que o controle difuso norte-americano e, em seguida, o controle concentrado europeu, influenciaram, sobremaneira no modelo brasileiro. Nesse sentido, é o que destaca Ivan Lima de Andrade:

Aqui estão as principais características do controle de constitucionalidade brasileiro, num momento de forma difusa, noutro concentrada. Outras vezes surtindo efeitos retroativos ou efeitos para o futuro. Enfim, temos de fato um dos sistemas mais completos e **complexos** no mundo jurídico. (ANDRADE, 2020, p. 10, grifou-se).

As características do modelo brasileiro, considerado complexo por José dos Santos Carvalho Filho, Ivan Lima de Andrade e por Marcelo Matos de Oliveira, misturam-se

⁴⁰Marcelo Matos de Oliveira menciona que o controle de constitucionalidade brasileiro é complexo porque “se notam o controle preventivo, o repressivo, o controle concentrado em abstrato e o difuso incidental.” (OLIVEIRA, 2020, p. 19).

também com a história das Constituições brasileiras, conforme vislumbrado no capítulo anterior. Dito isto, dada a tradição jurídica desses dois sistemas, sem olvidar, é claro, o modelo francês (considerado político), todos eles influenciaram na jurisdição constitucional, não somente do Brasil, mas de todo o mundo. Merecem, pois, serem registrados, individualmente, partindo-se, então da via de controle difuso de origem norte-americana, conforme se examina adiante.

3.1 VIA DE CONTROLE DIFUSO DE ORIGEM AMERICANA

As origens do sistema norte americano de controle de constitucionalidade, estão ligadas à própria formação do constitucionalismo nos Estados Unidos da América.⁴¹

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego afirma que este país foi o “primeiro país a adotar um sistema efetivo de controle de constitucionalidade de leis”, não obstante terem havido outros anteriores, nos quais havia “uma preocupação em conferir superioridade a certas leis, cuja alteração não fosse subordinada ao procedimento comum de modificação legislativa.” (REGO, 2016 p. 44).⁴²

Cumprir destacar que a primeira Constituição Orgânica mundial de 17 de setembro de 1787 (ESTADOS UNIDOS, 1787) representou a mais suprema lei do país⁴³, sendo a Suprema Corte americana o único tribunal a ser mencionado nela. (REGO, 2016 p. 87). Inicialmente constituída por sete artigos, esta colocou-se em grau de superioridade em relação a todas as demais leis do ordenamento.⁴⁴

⁴¹Oliveira continua, ao falar do constitucionalismo, de onde adveio o princípio da supremacia constitucional, e no seu entendimento, foi o “o movimento político-jurídico que surgiu da proclamação da primeira constituição orgânica do mundo, dos Estados Unidos, na Convenção da Filadélfia, ocorrida aos 17 de setembro de 1787 (ESTADOS UNIDOS, 1787), e depois ratificada pelo povo dos estados.” (OLIVEIRA, 2020, p. 20).

⁴²Sobre isso, Luana Dias de Souza menciona que entendia-se “ser mais lógico que os tribunais atuassem como mediadores entre a vontade do povo e os limites estabelecidos ao Poder Legislativo, ficando a cargo dos magistrados decidir os conflitos entre normas de mesma força, bem como os existentes entre normas hierarquicamente diferentes, sendo que nestes as normas superiores deveriam prevalecer.” (SOUZA, 2016, p.26).

⁴³Essa supremacia encontra-se no art. VI da Constituição Americana (ESTADOS UNIDOS, 1992).

⁴⁴Neste sentido, segundo os ensinamentos de Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, “uma das principais contribuições dos Estados Unidos para a civilização ocidental foi a adoção de um documento escrito que trouxesse a organização e a limitação dos poderes do Estado e uma carta de direitos e garantias fundamentais do cidadão como diploma político-jurídico mais importante na nação. Seria esse documento o responsável pela criação da União, pela instituição dos Poderes do Estado que, por isso, exerceriam sua competência nos limites da delegação exposta pela Carta Magna. Como é uma delegação feita por um instrumento jurídico – no caso, a norma superior do ordenamento jurídico – deve ser seguida por todos que estão sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos e, em última instância, interpretada e aplicada pelos tribunais, cuja função precípua é interpretar e aplicar o Direito a casos concretos. Dessa forma, caso haja qualquer violação das normas constitucionais por pessoa ou por Poder, é obrigação do Poder Judiciário, se for devidamente provocado, a defesa da ordem

Nas lições de Mauro Cappelletti, sobre esse controle difuso de constitucionalidade, “americano”, são indicados alguns critérios que são a base desse tipo de controle, e em seus dizeres:

[...] a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc. (CAPPELLETTI, 1992, p. 75, grifos no original).

Nesse sentido, evidencia-se que a Constituição fortaleceu sobremaneira a autoridade dos tribunais, isto com vistas a realização e efetivação do controle.

O sistema norte-americano, portanto, o mais antigo e também chamado de *judicial review*, pode ser encontrado, também, em várias das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália e a Índia, além de outros países como Suíça, Japão e Noruega. (CAPPELLETTI, 1984, p. 73).⁴⁵

É importante destacar que um importante precedente deste modelo de controle jurisdicional, cujo berço é o *common law*, foi a teoria do inglês Edward Coke. Por meio dela, a autonomia do Judiciário em relação ao Parlamento foi traço marcante que, em muito, fez contribuir para a ciência política. Sir Edward Coke foi presidente do Tribunal de Apelação Inglês⁴⁶, e posteriormente, membro do Tribunal Superior de Justiça Inglês⁴⁷, na primeira metade do século XVII. Na sua atuação, este jurista defendeu a existência de uma *ancient constitution* (espécie de lei fundamental), que além de delimitar o poder do monarca, prevalecia sobre o Legislativo. (REGO, 2016 p. 45). Segundo sua doutrina, ao Judiciário, cumpre-lhe um *status* político, enquanto órgão jurisdicional responsável pela aplicação do Direito, de racionalidade própria, cuja interpretação compete, melhormente, ao jurista, este último, detentor de conhecimento específico, fruto de longos anos de estudo e de prática nesta área. (REGO, 2016, p. 45).

constitucional, que, em última análise, representa a defesa da própria União norte-americana.” (REGO, 2016, p. 89/90).

⁴⁵Lacyr de Aguiar Vieira ensina que “[...] associado ao controle jurisdicional difuso incidental, tem-se o controle concreto. Também chamado de ação judicial ou *judicial review*: qualquer juiz que tenha de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela Constituição, a verificar se as normas políticas aplicáveis ao caso são ou não são válidas. É um poder-dever do juiz.” (VIEIRA, 1999, p. 46).

⁴⁶*Common Pleas*.

⁴⁷*King's Bench*.

Mauro Cappelletti, afirma que a teoria de Edward Coke⁴⁸ seria um revide ao poder isolado e arbitrário do soberano, durante o auge da dinastia dos Stuart e do absolutismo. Noutras palavras, isso implica que, caberia aos juízes frear e garantir a supremacia do *common law* diante do rei e também do parlamento.⁴⁹ (CAPPELLETTI, 1984, p. 58).

Por derradeiro, titula-se como verídica oposição à assunção do Poder Judiciário pretendida por James I (séculos XVI e XVII), dado que, somente aos juízes poderia ser dado o exercício de tal função. (REGO, 2016 p. 46). Assim, em outros termos, o núcleo da concepção de Edward Coke foi procurar limitar os poderes dos monarcas ou refrear a pretensão destes em exercer a função jurisdicional, reservada pois aos juízes, enquanto controle e garantia do Direito. Indubitavelmente, este jurista ao assumir tamanho papel de vanguarda, marcou uma época e influenciou diversas outras colônias inglesas, com a finalidade de garantir a supremacia das Constituições coloniais, outorgadas através da Coroa aos respectivos colonos.

Em relação à Inglaterra, “por força do princípio fundamental da *supremacy of the Parliament*, este país se exclui do controle judicial da legislação (VIEIRA, 1999, p. 46), ou seja, lá não existe o controle de constitucionalidade, considerando-se que o poder supremo é exercido pelo próprio Parlamento, enquanto fiscalizador de si mesmo.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, com a recém república instalada, especialmente com a “ascensão de John Marshall ao cargo de *Chief Justice*, em 1801, a Suprema Corte começa a construir seu protagonismo e a se portar como legítimo Poder do Estado norte-americano, de igual prestígio aos outros dois, Executivo e Legislativo”. (REGO, 2016, p. 88). Enquanto presidente por trinta e quatro anos da Suprema Corte, Marshall proferiu a decisão mais importante desse período, o célebre caso *Marbury v. Madison*, que se tornou, quiçá, o mais relevante precedente da história da Suprema Corte norte-americana. (REGO, 2016, p. 88).

Firmou-se, portanto, a supremacia jurisdicional sobre os demais atos dos outros Poderes (BITTENCOURT, 1968, p. 13/14), de modo que os juízes tiveram reconhecido o direito de negar a aplicar normas afrontadoras à Constituição. Com isso, “inaugurava-se

⁴⁸Conforme dispõe Cappelletti, a teoria de “Coke” “foi abandonada na Inglaterra com a revolução gloriosa de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país -, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina Coke restaram os frutos, ao menos Estados Unidos, e estou me referindo como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de *judicial review* e *supremacy of the judiciary*.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 38). Estes dois últimos serão pontos explorados na sequência.

⁴⁹Neste ponto de vista, segundo Edward Coke, “o *common law* é fundado na Razão e a lei (*statute*) não era criação do soberano, pois esse somente detinha a prerrogativa de declarar ou de afirmar um Direito já existente”. (REGO, 2016, p. 45).

aquilo que se convencionou de controle judicial de constitucionalidade das leis – o *judicial review*.” (OLIVEIRA, 2020, p. 22).

Da decisão proferida em 1803, por John Marshall, aqui citada por José Joaquim Gomes Canotilho, tradução de Rui Barbosa, extrai-se que:

É, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei desatendendo à constituição, ou de acordo com a constituição rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a constituição e não a lei ordinária que há de regular o caso a que ambos dizem respeito. (CANOTILHO, 2010, p. 901).

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, sobre o célebre precedente *Marbury v. Madison*, ensina que:

Para melhor compreensão de *Marbury v. Madison*, é importante atentar às circunstâncias do caso concreto e à disposição das forças políticas norte-americanas no alvorecer do século XIX. Marbury, o autor do recurso à Suprema Corte, havia sido nomeado juiz de paz do recém-criado Distrito de Colúmbia (Washington D.C.) pelo presidente John Adams. Adams pertencia ao Partido Federalista e estava em final de mandato, com eleição já realizada e vencida pelo rival partido Republicano, cujo principal líder, Thomas Jefferson, foi eleito presidente da República, além de ter conquistado a maioria do Congresso Nacional. A fim de preservar a influência dos federalistas em cargos estratégicos do Estado norte-americano, no limiar do seu mandato, Adams nomeia John Marshall, seu secretário de Estado e membro importante do Partido Federalista, como *Chief Of Justice*, e aprova o *Judiciary Act* os 1801, também conhecido como a Lei dos Juízes da meia-noite (*Midnight Judges Act*), que criava vários cargos de juízes federais no âmbito dos Tribunais de Apelação (U.S. *District Court*), até então exercidos cumulativamente pelos ministros da Suprema Corte. [...] Quanto aos juízes de paz do Distrito de Colúmbia, não houve tempo suficiente para a posse, apesar de já ocorridos a nomeação e a aprovação dos nomes pelo Senado, que deveria ser presidido pelo então Secretário de Estado, John Marshall.

Com a posse de Thomas Jefferson, houve ordem expressa direcionada ao seu Secretário de Estado, James Madison, para não dar posse aos juízes nomeados por John Adams após a conclusão das eleições, e mais além, revogar a posse dos juízes dos circuitos já em atividade. [...] Nesse contexto, Marbury ingressa com um recurso na Suprema Corte para pedir que o tribunal concedesse uma ordem (*writ os mandamus*) ao Secretário de Estado, a fim de assegurar sua posse e exercício da atividade para a qual já havia sido nomeado e aprovado, segundo o procedimento previsto na Constituição e nas leis vigentes.

No julgamento, em 1803, Marshall subverteu a ordem de apreciação e, primeiramente, julgou o mérito da ação, para somente depois atentar às questões preliminares. Assim, restou assentado que Marbury possuía direito subjetivo à posse no cargo público e que a desídia de Madison era ilegal. Contudo, posteriormente, declarou inconstitucional o artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789, que conferia à Suprema Corte a competência para apreciar esse caso, sob a alegação que a competência originária do tribunal supremo é definida na Constituição, inconcebível, pois, o alargamento dela por meio de atos infraconstitucionais. Consequentemente, Marshall negou o pedido de Marbury e não concedeu a ordem contra o Secretário de Estado, que inclusive não se apresentou à Corte, em forma de

repúdio, por expressa determinação de Jefferson. (REGO, 2016, p. 91/94, grifos do autor).

Por final, em verdade o objetivo de Marshall foi “resguardar a Suprema Corte das investidas dos outros poderes, ao passo que defendia os interesses dos federalistas e a sua atuação enquanto Secretário de Estado.” (REGO, 2016, p. 93/94).

Além de inovar, o *judicial review*, conforme cita Álvaro Ricardo Souza Cruz, possui pressupostos basilares, quais sejam, a superioridade da norma constitucional enquanto parâmetro norteador para os outros atos normativos; a natureza declaratória da decisão judicial; e por último, que ao Judiciário calhe-lhe afastar o caráter subjetivo e posicionar-se de imediato ante à violações de direitos subjetivos. (CRUZ, 2004, p. 327).

Na lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por Oliveira, destaca-se, em relação ao papel da Suprema Corte norte-americana, três pontos principais: primeiramente “o federalismo, em que os Estados Membros da União não são soberanos”; segundo, “a expansão econômica, em que o desenvolvimento econômico influenciou a análise de dispositivos constitucionais a fim de fomentar e assegurar as relações contratuais econômicas entre particulares”; e por último, “o respeito aos direitos à propriedade, absoluto, colocado a serviço do desenvolvimento.” (OLIVEIRA, 2020, p. 24),

Além disso, observa-se que, com o passar do tempo, a doutrina Marshall passou por algumas crises, em virtude da supremacia jurisdicional e do não conformismo do Executivo. Uma delas baseou-se no sistema de freios e contrapesos, sobretudo pela falta de legitimidade democrática do Judiciário, já que o Parlamento, diferentemente, era o povo que o escolhia. (OLIVEIRA, 2020, p. 24).

Ao reforçar essa crítica, Carl Schmitt (jurista, político, filósofo e professor universitário alemão), quando do seu embate teórico com Hans Kelsen sobre quem deveria ser o intérprete da Constituição⁵⁰, enfatiza que a Suprema Corte americana não faria uma interpretação da norma constitucional, mas, uma real inovação do direito (novidade legislativa). Nos dizeres de Álvaro Ricardo Souza Cruz, para Schmitt, “[...] numa ‘verdadeira democracia’, o único/legítimo intérprete da Constituição seria o Chefe do Poder Executivo,

⁵⁰Em trabalhos anteriores, vislumbramos que considerada a divergência entre os dois filósofos, Schmitt trata a Constituição como consequência de um poder político institucional (ou instituinte). Em contrapartida, Kelsen assenta-se em sua base científica, e classifica o entendimento de Schmitt como contraditor essencial da função jurisdicional e a função política. [...] A posição de Kelsen se fundamenta na medida em que ele vê na atividade do Tribunal Constitucional também uma função política. Entretanto, o Tribunal não se reduziria somente a ela, e é exatamente aí o ponto de discordância principal entre Schmitt e Kelsen. (ALMEIDA, Fabrício de. **O guardião da Constituição: do embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt até o papel político-institucional de guardião da Constituição hoje**. Belo Horizonte, 2019. No prelo).

vez que seria o único capaz de realmente exprimir os desígnios da Comunidade Orgânica de um povo.” (CRUZ, 2004, p. 108/109).

Em que pese tais críticas, o que imperou foi a máxima expressa na Constituição, de forma que ao Judiciário coube, diante do caso concreto, interpretar a constituição, bem como aglutinar e compatibilizar todo o ordenamento infraconstitucional ao texto da lei maior. Seria ali, porquanto, o mecanismo eficaz de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas.

Dessa supremacia jurisdicional, a atribuição do Judiciário precípua é ser o guardião da constitucional enquanto tribunal constitucional. Além disso, cabe-lhe atuar também como como órgão colegiado recursal, e por obvio, dado o modelo em tela, deve orientar-se pelos precedentes de outros julgados, de acordo com a semelhança entre os casos. Diante de casos distintos, a Suprema Corte, bem como os Tribunais dos Estados, conforme pontua Lenio Streck, “não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência, desde que o caso em julgamento seja distinto do precedente em questão. (STRECK, 2018, p. 32).⁵¹

Ante o exposto, o modelo *judicial review* seria o sistema de controle de constitucionalidade, exercido de maneira difusa, ou seja, por qualquer juiz ou tribunal; e incidentalmente, diante do curso de um pleito concreto levado ao Judiciário, por via de exceção (ou defesa). É tido também como subjetivo por ser caracterizado pela lide na qual conflitam interesses intersubjetivos.

Por fim, cumpre registrar que este modelo, com alicerce numa Constituição da forma escrita e duradoura, no decorrer do século XX, expandiu-se também para diversos países⁵² (inclusive o Brasil) (OLIVEIRA, 2020, p. 25/27), cuja supremacia judicial se postou acima das demais funções do Estado, sendo, sem embargo, a jurisprudência do *stare decisis*, sua principal idiosincrasia.

⁵¹Também é uma das regras do *stare decisis*. (STRECK, 2018, p.32).

⁵²Pode-se citar que outras colônias inglesas como Austrália e Índia; e outros países como Argentina, Portugal, Suíça e Japão também foram influenciados por este modelo em estudo.

3.2 VIA DE CONTROLE CONCENTRADO DE ORIGEM AUSTRIACA

Hans Kelsen⁵³ foi o grande materializador deste sistema de controle de constitucionalidade das leis, conhecido também como modelo europeu. Este modelo foi consagrado na Constituição da Áustria, então promulgada em 1º de outubro de 1920 pelo parlamento austríaco. Os dispositivos que o regulam encontram-se do artigo 137 ao 148, e no artigo 89, todos da Constituição (ÁUSTRIA, 2011), sendo este último, o que disciplina a revisão judicial das leis.

Kelsen, considerado um dos mais influentes e importantes estudiosos do direito, apoiado no conhecimento científico, entende que o ordenamento jurídico se baseia num escalonamento de normas, no qual a Constituição está no topo e todas as outras normas abaixo dela, numa relação de subordinação e coerência.⁵⁴ Assim, entende que o Tribunal Constitucional seria o órgão competente a exercer a função de guardião da Constituição, por ser aquela relação hierárquica, pressuposto do controle de constitucionalidade. (ALMEIDA, 2019, p. 03).

De certo modo, referentemente ao sistema adotado nos Estados Unidos da América, Kelsen reconheceu o atino da superioridade hierárquica da Constituição. Todavia, o sistema austríaco, dito concentrado, diferenciou-se daquele modelo difuso (subjetivo, via incidental, o *judicial review*), na medida em que, na Áustria, a Corte Constitucional (à qual cabe examinar a constitucionalidade das normas), não integra o Poder Judiciário. (KELSEN, 2002, p. 103). Por esta razão, relativamente a este tipo de controle, Álvaro Ricardo Souza Cruz, o denomina como sendo uma “função administrativa” e não um controle jurisdicional ordinário. (CRUZ, 2004, p. 360).⁵⁵

⁵³Hans Kelsen foi um jurista austro-americano, um dos mais importantes e influentes do século XX. Foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, destacando-se a Teoria Pura do Direito pela difusão e influência alcançada. É considerado o principal representante da chamada Escola Positivista do Direito. Kelsen dá valor apenas ao conteúdo normativo. A função da ciência jurídica teoriza, “é descrever a ordem jurídica, não legitimá-la”. É Direito, em última instância, Direito posto, positivado. Quer seja pela vontade humana (positivismo), quer seja por uma vontade transcendente, supra-humana (jus-naturalismo). Assim, desenvolve uma metodologia voltada exclusivamente para a norma posta. (Disponível em: <https://www.olibat.com.br/bibliografia-hans-kelsen/>. Acesso: 14 jul. 2019).

⁵⁴A respeito desse controle de origem austríaca, José Alfredo de Oliveira Baracho destaca enquanto “elemento caracterizante de um novo Estado democrático, praticamente ignorado na Europa no século XIX, o controle jurisdicional da lei foi adotado na Áustria, em 1920. Essa aceitação implicava a consagração de princípio profundamente inovador, segundo o qual a legislação estava submetida aos limites e controles de uma *legalità superiore*, aceita e aplicada por uma Corte Constitucional suprema” (BARACHO, 1984, p. 10, grifos no original).

⁵⁵Ainda sobre essa comparação, Hans Kelsen aqui trazido por Alexandre de Moraes, dispõe que “a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados

O sistema de controle de constitucionalidade austríaco disposto na Constituição é, portanto, controle concentrado, objetivo, não judicial, cuja natureza é legislativa negativa. (CAPPELLETTI, 1984, p. 102/105). Assim sendo, “Kelsen queria evitar o chamado governo dos juízes, vindo a formular um sistema que reduzisse o poder daqueles ao interpretar a Constituição”. (OLIVEIRA, 2020, p. 28).

Para Lacyr de Aguiar Vieira, no sistema concentrado, a invalidação e inaplicabilidade de uma norma inconstitucional não pode ser realizada por qualquer juiz (ou juízo), ao contrário, as questões devem ser levadas por via principal, em controle abstrato, mediante processo constitucional autônomo, cuja impugnação da constitucionalidade é realizada independente de uma lide específica. (VIEIRA, 1999, p. 47).⁵⁶

Com força de lei e efeito *erga omnes*, este modelo *kelseniano*, portanto um controle abstrato, caracteriza-se por garantir a defesa da Constituição, sua legitimidade democrática e, sobretudo, a extirpação do ordenamento das leis e/ou atos que com ela fossem incompatíveis.

Com o passar do tempo, o modelo de controle austríaco espalhou-se pela Europa, de maneira que países como a Grécia, Portugal, Espanha e Alemanha, são citados por Canotilho como lugares que adotaram o modelo de controle concentrado de constitucionalidade. (CANOTILHO, 2010, p. 980). Associado a isso, na Europa, via-se uma nítida tendência em afastar das mãos dos juízes o exercício do controle de constitucionalidade, diante da anulabilidade da lei inconstitucional (portanto, não nulidade). (OLIVEIRA, 2020, p. 28). As leis, objeto de discussão, por sua vez continuariam sendo aplicadas por todos os juízes, até que anuladas fossem pela Corte Constitucional, momento este em que deixariam de vez o ordenamento jurídico. Cappelletti compara isto a uma revogação, com efeito *ex nunc* (CAPPELLETTI, 1984, p. 115/120), de forma que os efeitos ocorram para o futuro.⁵⁷

Kelsen, nessa mesma toada, por questões de segurança jurídica, afirma que a “anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da

Unidos, não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais”. (KELSEN, 1985, p. 288 *apud* MORAES, 2008, p. 704/705).

⁵⁶Lacyr continua ao ensinar que “a legitimidade ativa é reservada a um número restrito de entidades, no sistema abstrato de controle, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, em que a legitimidade ativa está circunscrita ao juiz, ao Ministério Público e às partes na causa sub-judice.” (VIEIRA, 1999, p. 47).

⁵⁷A respeito da distinção entre o sistema americano e o sistema austríaco quanto ao controle de constitucionalidade, sobretudo na relação anulabilidade *versus* nulidade, Camila Clarisse Romero Gomes assevera que “o sistema norte-americano adotou a teoria da nulidade ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o que implica na afetação do plano de validade das normas. Neste sentido, este sistema consagra a teoria da nulidade, cabendo ao juiz no controle de constitucionalidade difusa, apenas declarar absolutamente nula a lei inconstitucional. Já o sistema austríaco, contrário ao entendimento mencionado acima, filia-se a teoria da anulabilidade da norma constitucional, defendida por Kelsen. Assim, enquanto a Corte Constitucional não anular a lei, ela segue sendo válida e eficaz.” (GOMES, 2015, p. 87/88)

Constituição” (KELSEN, 2007, p. 148). Para ele, “a elaboração constitucional das leis e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria”, conforme limites materiais contidos na própria Constituição. (KELSEN, 2007, p. 181). Em paradoxo, enquanto instrumento de proteção da Constituição, Kelsen também criticava a probabilidade de ser manobrada ao Executivo ou ao Parlamento, poderes exorbitantes. (FERREIRA, 2011, p. 20).

Num segundo momento, Kelsen acreditava não ser o Parlamento o órgão responsável por anular os atos em desacordo com a Constituição. Até porque, por uma questão de lógica, um ato votado pelo próprio Parlamento não poderia ser objeto de anulação por ele próprio.

Imperava-se, então, a necessidade desse controle ser realizado por parte de um Tribunal Constitucional independente, autônomo, imparcial e não vinculado a qualquer outro poder, cujas decisões possuiriam efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, sem anuência para conhecimento de casos concretos.⁵⁸

Com a reforma ocorrida em 1929, possibilitou-se a modificação substancial desse sistema, em revisão constitucional, conforme afirma Carlos Higinio Ribeiro de Alencar:

A possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional no controle concreto de normas relativas a processos pendentes em outros Tribunais somente ocorreu com a reforma de 1929. Assim, reconheceu-se, de maneira excepcional, a possibilidade de efeitos *ex tunc* para a decisão do Tribunal Constitucional referente a causas originárias do Tribunal Superior (Oberster Gerichtshof – representa a Corte ordinária mais elevada, equivalente ao STJ, no sistema brasileiro) e da Corte Administrativa (Verwaltungsgerichtshof). (ALENCAR, 2010, p. 182).

Mauro Cappelletti, a respeito dessa reforma constitucional, destaca que ela:

[...] mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos Judiciários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle de leis, além de ao Governo Federal e de aos Governos dos Länder, também ao Oberster Gerichtshof (ou seja, à Corte Suprema para as causas cíveis e penais) e ao Verwaltungsgerichtshof (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas). (CAPPELLETTI, 1984, p. 106).

Porém, ainda em sua visão, Cappelletti reservou uma crítica ao sistema, por ele não antever a possibilidade dos órgãos de primeiro grau suscitarem a inconstitucionalidade de leis, diferentemente dos sistemas alemão e italiano que, apesar de terem sido influenciados pelo sistema austríaco, anteviu tal questão. Ao reforçar essa crítica, Cappelletti comenta que:

O defeito que mais chamou atenção no sistema austríaco foi evitado, tanto pelo sistema italiano, previsto na Constituição de 1948 e posto em prática a partir de 1956, como também pelo sistema alemão, introduzido com a Constituição de Bonn,

⁵⁸Marcelo Matos de Oliveira explica que “no Tribunal Constitucional, não se conhecia do caso concreto nem havia a necessidade de solucioná-lo, mas apenas se decidia sobre questão constitucional em abstrato para então se remeter a decisão à instância a quo e finalmente, ali, dar definição do conflito entre as partes envolvidas na causa.” (OLIVEIRA, 2020, p. 29)

de 1949; [...] Como é sabido, tanto na Itália como na Alemanha, vale, tal qual na Áustria, a proibição aos juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuar um controle de constitucionalidade das leis. Em suma, os juízes comuns são, na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, incompetentes para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países. Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (**e o dever**) de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória (CAPPELLETTI, 1984, p. 108/109, grifou-se).

Em que pese tal crítica, não se pode olvidar que o art. 89, 2º, da Constituição Austríaca, a propósito, dispôs sobre essa obrigação de apresentar a legislação ao Tribunal Constitucional, antes mesmo de aplicá-la ao caso concreto, conforme se vê:

[...] Se um tribunal tiver escrúpulos contra a aplicação de uma lei por ser contrária à lei, deverá apresentar uma solicitação ao Tribunal Constitucional pela rescisão desta ordenança. Caso o Supremo Tribunal ou um tribunal de segunda instância competente para julgar tenha escrúpulos contra a aplicação de uma lei por ser inconstitucional, deve apresentar uma solicitação ao Tribunal Constitucional para a rescisão desta lei. (ÁUSTRIA, 2011, tradução nossa).⁵⁹

A respeito da matéria, Carlos Higinio Ribeiro de Alencar elucida que as “as reformas de 1975 ampliaram o rol de legitimados para propor a ação, permitindo que um terço dos membros do Parlamento o fizesse” (ALENCAR, 2010, p. 182), além de ter criado o “recurso individual (*Individualantrag*) que permite a alegação de inconstitucionalidade de lei ou regulamento que lese diretamente direitos individuais.” (ALENCAR, 2010, p. 182). Existe ainda, o que chamou de “espécie de controle preventivo da Corte Constitucional, para analisar se determinado ato concreto de soberania é da competência da União ou dos Estados, aplicável somente a projeto que ainda não tenha sido convertido em lei.” (ALENCAR, 2010, p. 182).

Há, ainda, a hipótese subsidiária daquele que tiver sido lesado de modo direto, cuja lesão advém da inconstitucionalidade, nos termos do art. 144, §1º da Constituição, que assim dispõe:

O Tribunal Constitucional pronuncia-se sobre as decisões das autoridades administrativas, na medida em que o requerente alega uma violação da decisão de um direito garantido constitucionalmente ou a violação de direitos pessoais sobre a pontuação de uma ordenança ilegal, uma lei inconstitucional ou um tratado ilegal. Nas mesmas premissas, o Tribunal também se pronuncia sobre queixas contra o exercício do poder administrativo direto e a compulsão contra um indivíduo em particular. **A reclamação só pode ser apresentada depois que todas as outras**

⁵⁹No original: “Article 89 - [Judicial Review of Laws] - Should a court have scruples against the application of an ordinance on the ground of it being contrary to law, it shall file an application with the Constitutional Court. for rescission of this ordinance. Should the Supreme Court or a court of second instance competent to give judgment have scruples against the application of a law on the ground of its being unconstitutional, it shall file an application with the Constitutional Court for rescission of this law.” (ÁUSTRIA, 2011).

etapas do recurso legal, na medida em que tais considerações forem esgotadas. (ÁUSTRIA, 2011, tradução nossa, grifou-se).⁶⁰

Carlos Higino Ribeiro de Alencar acrescenta que, em se tratando do modelo austríaco “não pode, a princípio, ser analisada no juízo de constitucionalidade a omissão legislativa. Entretanto, se houver omissão parcial do legislador, poderá haver declaração de inconstitucionalidade de certo preceito.” (ALENCAR, 2010, p. 182). Entretanto, ressalta que o referencial para decretação é essencialmente a Constituição, de modo que “na Áustria não pode ser realizado invocando-se, como parâmetro de controle, direito natural ou suprapositivo.” (ALENCAR, 2010, p. 182).

Nesse sentido, pode-se depreender que o sistema austríaco influenciou significativamente outros países. Com acerto, a reforma de 1929 da Constituição (ÁUSTRIA, 2011), não apenas atenuou certas fragilidades do sistema original, como também ampliou o rol de legitimados (para os tribunais) para arguir a inconstitucionalidade de leis ou atos diante do Tribunal Constitucional. Destarte, na visão de Mauro Cappelletti, sobre tal sistema aposta que seu maior defeito “foi evitado, tanto pelo sistema italiano, previsto na Constituição de 1948 e posto em prática em 1956, como também pelo sistema alemão, introduzido pela Constituição de Bonn de 1949” (CAPPELLETTI, 1984, p. 108/109). Portanto, aos juízes, diferentemente, restou reservado, o dever de aplicar as leis diante do caso concreto apresentado à sua apreciação.

⁶⁰No original: “Article 144 - [Administrative Jurisdiction] - The Constitutional Court pronounces on rulings by administrative authorities in so far as the applicant alleges an infringement by the ruling of a constitutionally guaranteed right or the infringement of personal rights on the score of an illegal ordinance, an unconstitutional law, or an unlawful treaty. On the same premises, the Court likewise pronounces on complaints against the exercise of direct administrative power and compulsion against a particular individual. The complaint can only be filed after all other stages of legal remedy, in so far as such come into consideration, have been exhausted.” (ÁUSTRIA, 2011).

4 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisa-se, neste capítulo, os apontamentos críticos à jurisdição constitucional, extraídos da teoria da essência da oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron e da teoria da tomada de decisões em uma democracia de Robert. A. Dahl, que questionam a função (contra)majoritária das Cortes Constitucionais.

Com referência no modelo de controle de constitucionalidade no direito norte-americano, tem-se por objetivo analisar algumas dessas críticas ao modelo *judicial review*.

Malgrado o fato da atuação das cortes constitucionais na proteção dos direitos das minorias, ser chamada de atuação “contramajoritária”, a legitimidade do controle jurisdicional das leis depara com uma dificuldade óbvia de se conjugar o princípio da separação de funções com o princípio democrático. Esta é, portanto, a primeira objeção ao *judicial review*, conhecida pela expressão “dificuldade contramajoritária”.⁶¹

Digno de nota, Alexander Bickel em sua lição clássica, escreve a respeito da “dificuldade” contramajoritária desse papel contramajoritário das cortes constitucionais em sistemas democráticos, à proporção em que se choca com a soberania popular⁶², típica do Estado Democrático de Direito.

Explica-se essa contraposição, citada por Bickel, pelo fato do controle jurisdicional ser realizado por ministros que nunca sequer receberam voto popular, de modo que suas decisões e interpretações sobre a Constituição, possuem o condão de se sobrepor àquela feita pelos agentes políticos imbuídos de mandato eleitoral representativo e dotados de legitimidade democrática. Dessa forma, os membros do Judiciário dada a competência para tal, podem confirmar, anular e/ ou invalidar as regras criadas e aprovadas pelo próprio povo (embora exercido por meio de representantes eleitos). Nos ensinamentos de Bickel, ao se referir à Suprema Corte norte-americana, ele afirma que a Suprema Corte “exerce o controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela” (BICKEL, 1986, p. 17)⁶³, tornando-se, por esta

⁶¹Essa objeção, conhecida como a **dificuldade contramajoritária**, guarda relação com a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário. Essa expressão ganhou amplitude e tornou-se clássica com a obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16. Grifou-se.

⁶²A respeito da soberania popular enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme preceitua o art. 1º, parágrafo único da Constituição da República de 1988, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (CRFB, 1988).

⁶³No original, “it (a Suprema Corte) exercises control, not in behalf of the prevailing majority, bus against it” (tradução nossa).

razão, uma “instituição desviante na democracia americana” (BICKEL, 1986, p. 18)⁶⁴. Aliado a isso, de natureza igual, Nelson Saldanha registra que o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Judiciário, por sua vez, “constitui, porém, no fundo, um pequeno atentado contra o esquema clássico da separação” (SALDANHA, 1987, p. 116).⁶⁵

Pontua-se, em contrapartida, que apesar do valor atribuído às decisões dos juízes que compõem as Cortes Constitucionais (não eleitos democraticamente), o tribunal tem, enquanto função, garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, tal tarefa se justifica pela relevância do tema, haja vista a crescente exposição do Poder Judiciário, sobretudo pelos fenômenos da “politização do Judiciário” (ou judicialização da política).

José Alfredo de Oliveira Baracho pontua que as Cortes Constitucionais se tornam cada dia mais importante na medida em que são levadas a assumirem “posições de destaque na observação, realização e defesa da Constituição” (BARACHO, 1984, p. 20). Na sua visão, esse posicionamento as transforma em “fatores essenciais do desenvolvimento do processo político, desde que assumem posições de destaque nas intrincadas questões de ordem política, social e econômica” (BARACHO, 1984, p. 20).

Por conseguinte, o tribunal é chamado para formulador políticas públicas, o que o torna ainda mais, parte essencial na liderança política, com alianças próprias de poder, sobretudo apoiadas na legitimidade da sua interpretação da Constituição. Essa atuação, na esteira dos ensinamentos de Fabiana Luci de Oliveira, faz com que a Suprema Corte ocupe

⁶⁴No original, “[...] judicial review is a deviant institution in the American democracy” (tradução nossa).

⁶⁵Apesar desse desvio ou atentado à separação dos poderes, na mesma toada de Barroso, Patrícia Perrone Campos Mello deslinda que, o validamento (ou legitimação, reconhecimento) do controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Judiciário, assentará, pontualmente e rigorosamente, na salvaguarda dos direitos fundamentais e, conforme suas palavras, na “tutela do processo democrático”. É o que se extrai da seguinte passagem de sua obra: “[...] a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é defendida com base em dois argumentos principais. Alega-se, em primeiro lugar, que tal jurisdição constitui um *instrumento de defesa de direitos fundamentais*, de conteúdos morais mínimos, generalizadamente aceitos e inerentes à dignidade humana, que por sua essencialidade, devem ser retirados do espaço de deliberação democrática, com o propósito de serem protegidos contra maiorias transitórias. A constitucionalização dos direitos humanos cumpriria a função social de suprimir esses direitos do alcance da maioria.” (MELLO, 2015, p. 294, grifos no original). Ao sublinhar a função protetiva do “próprio processo democrático”, Mello, continua, tal qual, ao pontuar que “a jurisdição constitucional presta-se a tutelar o *próprio processo democrático*,” de maneira que cabe-lhe “avaliar se os canais de participação política que levaram à elaboração de uma norma estavam abertos e / ou se a nova norma frustra a participação de grupos minoritários no processo político”. (MELLO, 2015, p. 294). Segundo ela, atenta-se nesse processo para a violação de direitos como a liberdade de expressão, de associação, de consciência, enfim, conforme narra em suas palavras “o direito dos cidadãos ao tratamento com igual respeito ou o direito ao voto secreto, universal e periódico”. E termina Mello ao destacar que “[...] neste caso, o controle de constitucionalidade cumpriria o papel de impedir que as maiorias atentem contra a própria democracia.” (MELLO, 2015, p. 294).

um lugar peculiar neste cenário ao ser detentora da última palavra que vinculará todos os demais poderes existentes. (OLIVEIRA, 2012, p. 89/90).

Ao serem traçadas linhas gerais no tocante a atuação tida como contramajoritária das Cortes Constitucionais, sobretudo no modelo americano do *judicial review* e suas características, necessariamente se “esbarra” na mencionada dificuldade contramajoritária.

A Suprema Corte enquanto entidade formuladora de políticas nacionais, desempenha real e importante papel no sistema político nacional. Importância esta fortalecida na medida em que cabe a ela inclusive tomar decisões que envolvam questões polêmicas quanto à política nacional, caracterizando-a também como sendo uma instituição política.

Diante disso, existem dois principais questionamentos à atuação (contra)majoritária no direito norte-americano. De um lado defende-se que o *judicial review* com base em direitos, é inadequado para sociedades um tanto quanto democráticas, isto considerando que os membros das instituições legislativas discordam sobre direitos. (WALDRON, 2017, p. 157). De outro, afirma-se que a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, que atua juntamente com os outros órgãos políticos dentro de um limbo chamado “consenso político nacional”. (DAHL, 1957, p. 294/295).

Nesse contexto, a questão que desafia o interprete da Constituição é dimensionar as críticas à jurisdição constitucional e os questionamentos frente à função/atuação (contra)majoritária no direito norte-americano, consoante os pontos de vista dos dois autores: Jeremy Waldron e Robert Alan Dahl, apoiados em suas respectivas obras, quais sejam: *A Essência da Oposição ao Judicial Review* e *Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*.

4.1 A FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

O controle judicial de constitucionalidade (o *judicial review*), nasceu em um panorama jurídico com tradição no *common law* norte-americano, no qual os juízes é que tinham o dever de dizer o direito e o que era o direito. Os magistrados eram dotados, pois, de uma razão, fruto de um longo período de estudos aliada à experiência e à observância da prática em resolução de conflitos jurídicos.

Esse contexto, entretanto, depois de algum tempo passou por uma transição devido à aprovação de uma Constituição escrita, então tida como uma norma superior às demais normas. Fato é que, tal transição não possuiu o condão de romper totalmente com a tradição

do *common law*, outrossim, acrescentou novos contornos para o sistema, sobretudo no que concerne à declaração de inconstitucionalidade de leis federais.⁶⁶

Passo seguinte, novas interpretações sobre a atuação e o papel exercido pela Suprema Corte no sistema norte-americano surgiram. De amplitude jurídica vasta, perpassou pelo século XIX, século XX até chegar no início do século XXI. (VICTOR, 2015, p. 73/74).

Durante a primeira metade do século XX por exemplo, a questão que dominou os debates (apoiada na tensão histórica político-jurídica dicotômica⁶⁷ norte-americana), foi a chamada “dificuldade contramajoritária”. Sobre essa questão, Sérgio Antônio Ferreira Victor explica:

A tensão permanente na história político-jurídica norte-americana encontra-se na dicotomia entre constitucionalismo e democracia. Ou seja, entre a prática de um governo limitado e o ideal do autogoverno pelos cidadãos. O controle judicial de constitucionalidade impõe-se entre esses dois valores, e a necessidade de justificar a sua prática é onipresente na literatura, consoante afirmado acima. (VICTOR, 2015, p. 100).

Considerando essa dicotomia, a dificuldade contramajoritária é caracterizada pelo fato de juízes que não são eleitos pelo povo (do ponto de vista democrático), possuem a capacidade de anular e / ou invalidar as leis editadas por outros órgãos, cujos membros são eleitos pelo povo para compor o governo. É exatamente esta relação, a qual diz respeito à função considerada contramajoritária das cortes constitucionais, sendo representada pela noção de controle judicial de constitucionalidade.

Partindo-se da ideia da dificuldade contramajoritária, parafraseando Jürgen Habermas, para ele “[...] a função das Supremas Cortes é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo”, o que implica afirmar, em outras palavras, “em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.”(HABERMAS, 1997, p. 99).⁶⁸

Interessante pontuar também que é na teoria da ação comunicativa, mobilizada por Habermas, que se interliga a propositura “comunidade de intérpretes da Constituição”,

⁶⁶A Suprema Corte americana é considerada “intérprete autorizada da Constituição”, sendo que algumas de suas decisões quanto à correta interpretação de um dispositivo constitucional “equivalem a verdadeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos” [...]. O modelo “poder de revisão judicial” ou “*judicial review*” acabou sendo adotado em vários países, entre eles o Brasil, por meio do controle difuso (ou concreto) da constitucionalidade das leis que pode e deve ser exercido por qualquer juiz, na medida em que se revele uma “etapa indispensável para o julgamento da causa”. (APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**; prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

⁶⁷Dicotômica entre constitucionalismo e democracia.

⁶⁸HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pág. 99.

método de interpretação pluralista do alemão Peter Häberle⁶⁹, sobretudo porque alberga em suas considerações que os princípios e os direitos fundamentais, em que pese estarem alocados de forma abstrata na Constituição, devam receber certa robustez através de um processo chamado hermenêutico⁷⁰, no qual se garanta a participação de todos os envolvidos e interessados. (HABERLE, 2002, p. 13).⁷¹

É exatamente neste ponto em comum que comungam Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, qual seja, a defesa do instituto do poder de revisão judicial (ou *judicial review*).

Diferentemente dos comunitários (os quais se baseiam nas tradições e nos valores compartilhados numa dada sociedade), Dworkin e Habermas defendem a compatibilidade entre a revisão judicial e o processo político democrático. Justifica-se tal entendimento, na medida em que o modelo *judicial review* corrobora para o processo de formação da vontade democrática. (ROSENFELD, 2004, p. 213).

Dessa forma, as Cortes Constitucionais têm como função garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais. Isso implica afirmar que, diante de possíveis decisões ou leis que violem direitos ou garantias constitucionalmente assegurados, aquelas devem assim protegê-los e salvaguardá-los, com base no instituto do “poder de revisão judicial” (*judicial review*).

Robert Alan Dahl, cientista político americano, reconhece que esta função (tida por alguns como uma função contramajoritária) “de forma peculiar, se constitui em proteção das minorias contra a tirania das maiorias”. (DAHL, 2009, p. 59). Considerando-se uma sociedade em constantes mudanças culturais, sociais e econômicas, onde não se pode haver um consenso de valores que se imponha a todos indistintamente, Habermas afirma que diante destas características inviabilizadoras da integração política comum, o instituto do *judicial review* é que amplia o círculo de intérpretes da Constituição, propiciando, inclusive, a regulação de temas sensíveis da sociedade que repercutem e repercutirão no direito. (ROCHA, 2007, p. 08).

⁶⁹HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.** Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

⁷⁰Embora muito tempo vinculada a uma teoria de interpretação constitucional “fechada” (aquela realizada primariamente por juízes, intérpretes formais do processo constitucional), foi proposta uma “intermediação das ciências sociais e também das teorias jurídico-funcionais”, ou seja, uma estrutura de diálogo entre Estado e Sociedade, tão mais aberto quanto “mais pluralista for a sociedade”. (MELO, Kleber Vinicius Bezerra Camelo de. **A teoria de interpretação constitucional de Peter Häberle: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, um método pluralista.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42152>. Acesso em: 27 jan. 2020).

⁷¹Giuliano Fernandes, em referência à participação de todos os envolvidos e interessados nesse processo hermenêutico, contribui ao dispor que “a moral necessita do Direito para superar os seus déficits cognitivos, motivacionais e o direito necessita da moral no que diz respeito à sua legitimidade, é exatamente aqui que os destinatários do direito se vêem como seus co-autores” (FERNANDES, 2009, p. 46).

Nos anos de 1950, Robert Alan Dahl publicou artigo que se tornou marco importante na discussão em torno da função contramajoritária da Suprema Corte norte-americana (DAHL, 2009). Ao tratar a Suprema Corte americana como uma instituição jurídica e política ao mesmo tempo, ele descortinou a função da Corte Constitucional em uma democracia como sendo uma “entidade formuladora de políticas nacionais”, assunto que se examina no próximo tópico.

4.2 A SUPREMA CORTE COMO ENTIDADE FORMULADORA DE POLÍTICAS NACIONAIS

Seria a Suprema Corte dos Estados Unidos estritamente uma instituição jurídica?

A partir desta proposital indagação extraída da leitura do primeiro parágrafo de sua obra, é possível vislumbrar um pouco a real e tamanha importância da Corte Constitucional americana no seu sistema político nacional. Importância esta fortalecida na medida em que cabe a ela inclusive tomar decisões que envolvam questões polêmicas quanto à política nacional, caracterizando-a também como sendo uma instituição política.

Diante disso, é inegável o fato de que diversas decisões políticas foram tomadas pela Suprema Corte (o que faz dela também um importante ator político). A título de exemplo temos as questões modernas sobre direitos civis, políticas públicas afirmativas bem como a regulamentação de assuntos atinentes à economia. Mais cedo ou mais tarde, o tribunal é chamado para se manifestar sobre estes e outros assuntos. (DAHL, 2009, p. 26).

No estudo de Robert Alan Dahl, já citado neste trabalho como marco da discussão em torno da função contramajoritária da Suprema Corte norte-americana (DAHL, 2009, p. 25), ele afirma que “uma decisão sobre política pública pode ser definida como uma escolha eficaz entre as alternativas sobre as quais há, pelo menos a princípio, alguma incerteza.” (DAHL, 2009, p. 25). E pontua, por exemplo, que em relação à proteção dos direitos de minorias “uma visão influente da Suprema Corte” reconhece que ela “se constitui de forma peculiar, como uma proteção das minorias contra a tirania das maiorias”. (DAHL, 2009, p. 29).

A propósito, poucos anos atrás, mais exatamente em 2015, uma decisão da Suprema Corte americana repercutiu mundialmente (ESTADOS UNIDOS, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2015). Foi o caso de *Obergefell v. Hodge* (2015), diante do qual o Tribunal manifestou pela inconstitucionalidade das leis de alguns dos estados que dificultavam e / ou proibiam a união (casamento) entre pessoas do mesmo sexo. Dessa forma,

a Suprema Corte fundou-se na igualdade de dignidade perante o direito⁷², repercutindo em toda a sociedade norte-americana.⁷³

De modo sistemático, sobre esse protagonismo e da judicialização no sistema político norte-americano, Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, sintetiza:

[...] Não há como negar que a Suprema Corte é um ator político importante nos Estados Unidos, cuja influência remonta ao século XIX. Diferentemente das discussões travadas no Brasil e nos países da Europa Ocidental sobre a expansão do Poder Judiciário e o agigantamento das Cortes Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, o que incluem os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, nos Estados Unidos, a judicialização de questões políticas é mais antigo, visto que a atuação política da Suprema Corte remonta ao século XIX. Inicialmente, como referido acima, houve a assunção pelo Tribunal da competência para declarar inconstitucional lei ou ato normativo que violasse dispositivos constitucionais, numa clara demarcação de poder frente aos outros poderes, no caso *Marbury v. Madison*. Em 1857, outro caso reflete a atividade da Corte em assuntos políticos controversos. *Dred Scott v. Sanford*, corresponde à desastrosa intervenção do tribunal supremo num dos assuntos mais polêmicos da Federação norte-americana: a escravidão. Considerada a pior decisão da história da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao invés de assegurar a União dos Estados e tentar uma solução pacífica para o conflito, a Corte agravou o conturbado momento político da época, que desembocou na Guerra Civil americana (1861-1865). O tribunal forneceu argumentos jurídicos aos defensores da escravidão, ao decidir que os negros em liberdade não têm cidadania estadunidense, e, como consequência, não poderiam pleitear direitos no Judiciário do país. O caso *Dred Scott v. Sanford* teve grande repercussão e concorreu para o início da Guerra de Secessão. Decisão lamentável, mas que, de certa forma, foi compensada pela Corte ao julgar o caso *Brow v. Board of Education of Topeka* (1954). Nesta oportunidade, a Suprema Corte reviu o posicionamento adotado anteriormente no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), ao considerar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do país. Dessa forma, caiu por terra a doutrina *separate, but equal* (separados, mas iguais), no contexto das lutas pelos direitos civis nas décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos. (REGO, 2016. p. 113/114).

Na visão do autor, outra manifestação importante da Suprema Corte enquanto personagem político ocorreu com a chamada “Era Lochner (1897-1937). Segundo ele, “neste período, a Suprema Corte se notabilizou por declarar a inconstitucionalidade de inúmeras leis federais e estaduais que pregavam o incremento da intervenção do Estado no domínio

⁷²Equal dignity in the eyes of the law.

⁷³“The Court, in this decision, holds same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all States. It follows that the Court also must hold—and it now does hold—that there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character. No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed. *It is so ordered.*” SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. N. 14 – 556. Argued April 28, 2015 – Decided June 26, 2015, p. 28. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso: 30 jan 2020.

econômico e social.” Destaca que o emblemático caso foi *Lochner v. New York* (1905) “quando o tribunal considerou inconstitucional a lei do Estado de Nova Iorque que limitava em dez horas por dia o trabalho dos padeiros, porquanto violava a liberdade contratual entre empregador e empregado e a cláusula do devido processo legal”. (REGO, 2016, p. 115). Neste julgado, como é mencionado percebe-se uma “nítida intenção da Suprema Corte em adentrar em questões políticas fundamentais”. (REGO, 2016, p. 115).

Fato é que, ao questionar e confrontar as políticas públicas que são fruto das decisões dos outros órgãos (Legislativo e Executivo), a Suprema Corte americana se tornou protagonista na agenda da política nacional quando da interpretação dos dispositivos constitucionais. Temas que outrora possuíam natureza tão somente política agora chegam ao Tribunal com natureza jurídica e passam a ser consideradas questões jurídicas. (REGO, 2016, p. 115).

Ao se tornar protagonista na agenda da política nacional quando da interpretação dos dispositivos constitucionais, a Suprema Corte (enquanto instituição jurídica e política ao mesmo tempo), enfrenta diversos questionamentos. Seja pelo fato de o Tribunal desviar-se de critérios jurídicos das leis, como por ocupar posição peculiar ou até por envolver juízo de valor em relação às visões do poder legislativo.

No tocante aos questionamentos, em especial à função (contra)majoritária no direito americano, dois principais questionamentos são examinados na sequência.

4.2.1 Questionamentos frente à função (contra)majoritária no direito americano

Acerca dos questionamentos à função contramajoritária no direito norte-americano, considerando-se a teoria da essência da oposição ao judicial review e a teoria da tomada de decisões em uma democracia, marcos teóricos da presente pesquisa, cujos autores são respectivamente Jeremy Waldron e Robert Alan Dahl, estes foram adotados por questionarem a atuação contramajoritária da Suprema Corte.

Afinal, os juízes devem ter autoridade para revogar leis ou atos normativos quando estiverem convencidos de que violam direitos individuais? (WALDRON, 2017, p. 93).

De início, é oportuno fazer referência a trabalhos anteriores, nos quais se pesquisou que “teoricamente, a função contramajoritária das cortes constitucionais é reconhecida como dado legitimador do controle constitucional de constitucionalidade das leis, sendo a explicação mais comum para superar a dificuldade contramajoritária. (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 250).

Em que pese os membros das instituições legislativas discordarem sobre direitos, Jeremy Waldron autor que sustenta que o judicial review “é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática (WALDRON, 2017, p. 94) aprofunda um pouco mais quanto às situações tidas como excepcionais:

[...] pode ser que o judicial review seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação ao sexo, raça ou religião em determinados países. Mas, mesmo que assim seja, vale a pena averiguar se esse tipo de defesa alcança o âmago da questão ou se, em vez disso, deveria ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*. (WALDRON, 2017, p. 97).

Em sua visão, o autor assinala que “talvez haja circunstâncias nas quais esses custos de ofuscação e cerceamento valham a pena ser suportados por certo tempo”, mas que não devem ser pregados “como o epítome do respeito aos direitos” ou como “elemento normal e normativamente desejável da moderna democracia constitucional”. (WALDRON, 2017, p. 94).

Robert Alan Dahl, por sua vez, apesar de reconhecer, de início, que a Suprema Corte americana constitui em “proteção das minorias contra a tirania das majorias” (DAHL, 2009, p. 29), por outro lado, ao longo de seu artigo, ele questiona tal premissa.

Baseado num estudo que realizou sobre a composição da Suprema Corte americana e a influência das escolhas dos diferentes Presidentes nas decisões do Tribunal, isso no decorrer de 160 (cento e sessenta) anos, este autor inferiu, empiricamente, que na maioria das vezes, a corte constitucional não é contramajoritária. Para tanto, ele assinala que “parece um tanto irreal supor que a Suprema Corte [...] favoreça por muito tempo as normas de direito ou justiça, contrariando substancialmente os interesses do restante da elite política” (DAHL, 2009, p. 29) e insiste em sublinhar que:

A Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição. A Suprema Corte põe em risco essa legitimidade caso se oponha claramente às principais políticas da aliança dominante. Tal atitude, como vimos, normalmente não é uma que atraia a Suprema Corte. (DAHL, 2009, p. 41).

Veja-se, então, que de acordo com Dahl, a Suprema Corte não é simplesmente um agente da aliança, ela enquanto formuladora de políticas públicas nacionais, caminha neste limbo e tem seus limites pré-estabelecidos pelas metas básicas de políticas públicas. (DAHL, 2009, p. 41).

Como forma de entender mais aprofundadamente cada ponto de vista dos questionamentos frente à função (contra)majoritária no direito americano, faz-se necessário, o

estudo de cada autor (separadamente), com referência em suas respectivas obras, assuntos que se examinam nos subtópicos que subseguem.

4.2.1.1 Oposição ao *Judicial Review* de Jeremy Waldron

A obra “Oposição ao *Judicial Review*”, de Jeremy Waldron, possui como título original “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, ano de 2006.⁷⁴

Indubitavelmente, trata-se de um marco no Direito norte-americano acerca da expressão “dificuldade contramajoritária” e da discussão sobre a atuação contramajoritária da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Na perspectiva desta dissertação, enquanto primeira obra que questiona tal atuação, em seu trabalho, focado no “controle de constitucionalidade forte”⁷⁵, Jeremy Waldron sustenta que, pelo *judicial review*, “os parlamentares eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos”, o que causa certo incômodo e desconforto. (WALDRON, 2017, p. 94). Em outras palavras, trata-se também da conhecida dificuldade contramajoritária.

Partindo dessa compreensão, a respeito de outro importante ponto dentro do *judicial review* nos Estados Unidos, considerando o exame minucioso das leis quanto à sua conformidade com os direitos individuais arrolados na Constituição, com referência no textualismo e em proposições sobre direitos, Waldron assevera:

O *judicial review* orientado a direitos faz parte do controle de constitucionalidade geral e os tribunais revogam leis que violem direitos humanos exatamente com o mesmo espírito que derrubam leis que violem os princípios do federalismo e da separação de poderes. E isso concede uma feição particular às defesas norte-americanas do *judicial review*. Embora as defesas filosóficas da prática sejam frequentemente expressas em termos da habilidade particular do Judiciário de lidar com proposições sobre direitos, na realidade, tal argumento está subordinado à defesa do papel estrutural que os tribunais devem desempenhar para defender as normas da Constituição. Às vezes essas duas defesas são compatíveis; outras vezes, divergem entre si. Por exemplo, o textualismo pode parecer inapropriado para refletir sobre direitos, mesmo quando os direitos estejam incorporados em um texto

⁷⁴Pelo *judicial review*, Jeremy Waldron propõe um ensaio sobre a sua aplicação, bem como a sujeição do legislativo à norma jurídica, não abarcando o *judicial review* realizado sobre a ação do executivo ou sobre a tomada de decisão administrativa. (WALDRON, 2010).

⁷⁵**Controle de Constitucionalidade Forte** foi a expressão utilizada por Jeremy Waldron para se referir à autoridade que os tribunais possuem “para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra).” Em contrapartida ao sistema de **Controle de Constitucionalidade Fraco**, no qual “os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação) simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados.” (GARDBAUM, 2001, p. 707 *apud* WALDRON, 2010, p. 100/101).

de peso. Em outros países, o controle de constitucionalidade acontece em relação a uma Declaração de Direitos que não é designada especificamente como parte da constituição (estrutural). (WALDRON, 2017, p.103, grifos no original).

Dessa forma, a fim de argumentar e diferenciar os casos essenciais (nos quais a objeção ao *judicial review* pode ser mais clara) dos casos não essenciais (nos quais o *judicial review* pode ser apropriado como uma “disposição anômala para lidar com patologias especiais”), o autor detalha quatro pressuposições. (WALDRON, 2017, p. 106). Deve-se imaginar uma sociedade que possua, primeiramente, “instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal”; a segunda diz respeito a “um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito”; a terceira, por sua vez, remete a “um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias”; a quarta e última está relacionada à “discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos” (WALDRON, 2017, p. 106).

No entanto, de acordo com Alexander Mordecai Bickel “[...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma lei provinda do legislativo, ela frustra a vontade dos representantes das pessoas reais do aqui e agora. [...]” (BICKEL, 1986, p. 16/17). Veja-se, de modo especial, que Waldron sustenta “que o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática” (WALDRON, 2017, p. 94).

O autor aprofunda a discussão que gira em torno dessa atuação contramajoritária das cortes constitucionais, especialmente a norte-americana. E embora classifique como “pedante” o seu argumento, não deixa de destacar “que o tribunal pode também tomar sua decisão por maioria de votos.” (WALDRON, 2017, p. 146). Nesse sentido, continua Waldron ao dispor que “a tirania por maioria popular (por exemplo, uma maioria de deputados eleitos, cada um apoiado por uma maioria de seus eleitores), é uma forma especialmente chocante de tirania?”. Em seguida, responde que “não vê como poderia ser” (WALDRON, 2017, p. 146).

Em complementação a este seu raciocínio, em um parlamento democrático organizado em uma base majoritária, sobre os procedimentos legislativos darem a expressão à “tirania da maioria”, Waldron explica a preocupação que mais comumente se expressa:

Ou dizemos que tirania é tirania independente do modo como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou dizemos – e este é o meu ponto de vista – que o aspecto majoritário realmente suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: ela não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais. (WALDRON, 2017, p.146).

A partir dessa visão sobre o *judicial review*, o autor volta seu enfoque às suas “estruturas nuas”, de maneira a olhá-lo, enxergá-lo e compreendê-lo através das premissas sobre as quais o instituto se fundamenta.

De todo modo, diante de situações excepcionais, reconhece Waldron que “pode ser ainda que o *judicial review* seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação ao sexo, raça ou religião em determinados países. (WALDRON, 2017, p. 97). Mas não deixa de ressaltar que, ainda que assim seja, é importante “averiguar se esse tipo de defesa alcança o âmago da questão ou se, em vez disso, deveria ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*”. (WALDRON, 2017, p. 97).

No avançar da sistemática, diante dessa preocupação, ele propõe que existam duas razões que devem ser levadas em conta, quais sejam: razões “relacionadas ao resultado” e razões “relacionadas ao processo”, sendo ambas importantes para a questão do procedimento decisório ante a discordância de direitos. (WALDRON, 2017, p. 119).

Segundo Waldron, “razões relacionadas ao processo são razões para insistir que determinada pessoa tome uma decisão, ou participe de sua tomada, independente de considerações sobre o resultado apropriado”. Por outro lado, as “razões relacionadas ao resultado são as razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta).” (WALDRON, 2017, p. 119/120).

Este professor afirma que o objeto principal “é a discordância quanto a direitos” e comparou isso à gravidade de “resultados controvertidos”. (WALDRON, 2017, p. 120). Reconhece, pois, ao falar sobre os casos não essenciais, que o *judicial review* é, em parte, uma resposta diante das falhas percebidas de instituições democráticas, e, em outra parte, uma resposta para o fato de muitas pessoas não levarem o direito à sério, o que faz nascer a necessidade de um tribunal que assim o faça por elas.

No caso do direito das minorias por exemplo, Waldron afirma que a prática do *judicial review* nada poderá fazer para apoiá-las se não houver o apoio da sociedade como um todo. Haja vista que, em algumas circunstâncias, a intervenção judicial pode até beneficiar minorias discretas e insulares. Todavia, ao protegê-las, isto não significa defender o *judicial review*,

mas sim assegurar a melhor forma de reparação de direitos das minorias atingidas, até porque, a depender da prática estabelecida, esta pode facilitar, dificultar, remediar ou impedir o exercício de direitos.

Destarte, Waldron chega a uma consideração final, ao inferir que o *judicial review* com base em direitos, é inadequado para sociedades um tanto quanto democráticas, isto considerando que os membros das instituições legislativas discordam sobre direitos. Para ele, a discordância soa como algo natural, deve então ser levada a sério. Devem permear quaisquer procedimentos o respeito à opinião de milhões de pessoas, e todas elas devem ser tratadas com igualdade. Para tanto, os procedimentos legislativos ordinários são capazes de assegurar questões mais complexas, com responsabilidade e deliberação.

Ressalte-se que, apesar do valor atribuído às decisões dos juízes no Tribunal, que não são eleitos democraticamente, percebe-se que em algumas circunstâncias, como o próprio autor as enumeram, “patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico”, em caráter temporário e excepcional, podem valer a pena, sobretudo porque o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma das bases do Estado Democrático de Direito e deve existir para garantir os direitos fundamentais e a própria democracia. (WALDRON, 2017, p. 157).

Contudo, ao serem relacionados os argumentos de Waldron com este trabalho, ainda que o controle de constitucionalidade se dirija a defender direitos fundamentais de alguma minoria, o maior crivo é a Constituição.

Partindo-se do pressuposto que as normas jurídicas refletem e observam o princípio majoritário, estas, por sua vez, não se revestem de caráter discriminatório (excluído os raríssimos casos) contra as minorias, mas sim, abarcam diversos direitos, inclusive o direito à não discriminação.

Por fim, cumpre destacar que diante de uma norma que não seja socialmente vigente, em especial pela inviabilização de interações recíprocas entre indivíduos, do ponto de vista sistêmico, excepcionalmente e temporariamente, à Suprema Corte competirá atuar para confirmar ou referendar as opções simbolicamente já adotadas pelos demais Poderes (característica esta majoritária e não contramajoritária).⁷⁶

⁷⁶Neste sentido afasta-se qualquer inferência contrária à característica majoritária, conforme perspectiva citada por Carlos Athayde Valadares Viegas na qual destaca que “a reclamada efetivação dos direitos fundamentais é, portanto, a nova fundamentação do Direito na pós-modernidade o que, sem sombra de dúvidas, tem impacto na teoria da legitimidade da decisão judicial. Diante disto, é necessário traçar um roteiro da conexão entre esta nova fundamentação do direito e a aqui pretendida teoria da legitimidade da decisão judicial. [...] A partir deste novo momento pós-moderno, equipara-se o direito fundamental de acesso ao judiciário – jurisdição, devido processo

4.2.1.2 Tomadas de decisões em uma democracia de Robert Alan Dahl

A obra “Tomadas de decisões em uma democracia” do autor Robert Alan Dahl, em forma de artigo publicado nos anos 1950, foi outro marco no Direito norte-americano acerca da discussão sobre a função contramajoritária da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Na perspectiva deste trabalho, enquanto segunda obra que questiona tal atuação, este artigo contribui não só para a ciência política como também para todo o direito norte-americano. No seu trabalho, que ainda é estudado e referenciado por muitos, inclusive no país de origem, Dahl sustenta que o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos é de ser “instituição política destinada a tomar decisões sobre questões polêmicas quanto à política nacional” (DAHL, 2009, p. 25). Em outras palavras, seu importante papel no sistema político americano é formular políticas públicas nacionais.⁷⁷

Nesta toada, Gerald Rosenberg ao discutir sobre a enorme influência do trabalho de Dahl, destaca que a resposta é tripla, ou seja, são três os principais motivos: em primeiro lugar, sua obra enfatiza a importância fundamental do estudo da Suprema Corte americana, sobretudo ao questionar sobre qual é o papel desempenhado pelo Tribunal no contexto político em que se insere, mais particularmente, ao se concentrar em desvendar se o Tribunal serve como protetor das minorias contra a tirania das maiorias; em segundo lugar, pontua que o artigo é cuidadosamente escrito, bem pensado, cuja metodologia é clara e suas suposições explícitas; e em terceiro lugar, Dahl pode ser visto como precursor nessa área de pesquisa, haja vista ter apontado caminhos para uma infinidade de futuras pesquisas, a serem seguidos pelas gerações futuras de cientistas políticos e acadêmicos judiciais. (ROSENBERG, 2001, p. 615/616).

Robert Alan Dahl afirma que “considerar a Suprema dos Estados Unidos da América estritamente uma instituição jurídica é subestimar sua importância no sistema político americano.” (DAHL, 2009, p. 25). Em que pese haver entendimentos contrários por parte de alguns cientistas políticos e de juristas, ao defenderem que o tribunal supremo não é uma instituição política, Dahl defende que “uma decisão política pública pode ser definida como

legal, etc. – ao direito fundamental ao voto e à participação política. Esta equiparação garante à atuação do Poder Judiciário o mesmo viés democrático que os demais poderes constitucionalmente constituídos, afastando qualquer inferência contrária” (VIEGAS, 2012, p. 131).

⁷⁷Pertinente a isso, Lawrence Ball destaca que “[...] todas as decisões da Corte têm três níveis: um julgamento a respeito da disputa específica que lhe é levada, uma interpretação das questões jurídicas envolvidas naquela disputa e uma posição a respeito das **questões de política ligadas às questões jurídicas.**” (BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana.** Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.14. grifou-se).

uma escolha eficaz entre alternativas sobre as quais há, pelo menos a princípio, alguma incerteza.” (DAHL, 2009, p. 25). Diante desse aforamento, ele destaca que “o fundamental é a medida na qual uma corte ou tribunal pode e toma decisões sobre políticas públicas desviando-se dos critérios “jurídicos” encontrados na jurisprudência, nas leis e na constituição”. E prossegue, “nesse aspecto a Suprema Corte ocupa posição peculiar”, recorrendo a alguns critérios de aceitabilidade. (DAHL, 2009, p. 26).

Os processos que são encaminhados ao tribunal, além de envolverem juízo de valor sobre as visões do poder legislativo, por reiteradas vezes envolvem alternativas nas quais existem graves desacordos por parte de integrantes da sociedade civil, assim como ocorre no caso da segregação ou regulação econômica. Estes desacordos sociais, atingem em especial, a interpretação do direito, enquanto função precípua de interpretar a Constituição (por conter termos vagos, lacunas e / ou expressões abertas), ainda mais num foro como a Suprema Corte americana.

É exatamente aí que reside o principal problema: considerando o viés um tanto quanto ideológico, como conciliar a interpretação do tribunal com a existência de uma política democrática?

Há de se observar que há dificuldades graves com essa interpretação das atividades por parte da Suprema Corte. A chamada dificuldade em legitimar sua atuação política justifica-se na medida em que o tribunal é considerado um órgão estritamente jurídico, e como tal, diante de um caso, não efetiva juízos de cunho político.

Malgrado essa concepção fantasiosa e recorrendo a questões de fato e de valor, efetivamente a Suprema Corte diante das alternativas controversas da política pública, em seus diversos julgados, realiza sim escolhas pautadas em políticas nacionais. De modo a legitimar essa atuação, afirma-se que ela é concebida enquanto uma função “contramajoritária” (grifou-se), o que nas palavras de Dahl significa o emprego de dois diferentes e conflitantes critérios: “o da maioria e do direito ou justiça”. (DAHL, 2009, p. 28). Nessa perspectiva, “uma visão influente da Suprema Corte é que ela se constitui, de forma peculiar, como uma proteção das minorias contra a tirania das maiorias”. (DAHL, 2009, p. 29).

Salienta-se que a legitimação desse controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vai encontrar dois óbices cruciais que permeiam essa atuação do tribunal: a soberania popular e a igualdade política, ou seja, bases de um regime democrático de direitos.

Assentado no termo democracia, esta terminologia significa, dentre outras características, que o poder de decisão e de escolhas, reside nas maiorias populares por meio

de seus representantes, o qual denota uma necessidade um tanto quanto lógica. Entretanto, outras questões também permeiam essa função dos tribunais, como questões de fato e de lógica.⁷⁸ Isto é, quase nunca é possível aferir se duas ou mais alternativas de políticas são apoiadas por uma maioria cujos membros encontram-se eventualmente divididos.

Até os anos de 1950, em “seus 167 anos, em 78 casos, a Suprema Corte impugnou 86 disposições diferentes da legislação federal como inconstitucionais” (DAHL, 2009, p. 29, “passim”). Por óbvio, promulgadas pela maioria dos votos do Senado e da Câmara, com o aval presidencial.

Veja-se, especialmente, que os membros da Suprema Corte são nomeados pelo Senado e pelo Presidente, o que, representa, uma espécie de identidade partidária com pensamentos e visões condizentes, ou seja, uma “escolha majoritária” do ponto de vista do poder que os escolhem. Assim, diante de uma maioria no Congresso, dificilmente a Suprema Corte obteria êxito ao atuar contramajoritariamente.

Destarte, Dahl chega a algumas conclusões: Que o papel da Suprema Corte como instituição formuladora de políticas públicas não é simples e, ao mesmo tempo, é parte essencial da liderança política, com alianças próprias de poder, sobretudo apoiadas na legitimidade das suas interpretações da Constituição. Ao invés de agir contra a corrente majoritária, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, que atua juntamente com os outros órgãos políticos dentro de um limbo chamado “consenso político nacional.” (REGO, 2016, p. 119, grifou-se). Ela não é independente dos demais atores, mas busca o cuidado e a observância do ideal democrático, onde prevaleça este ideal ainda que em decisões afetas à toda coletividade. (DAHL, 2009, p. 41).

Ao serem relacionados os argumentos de Dahl com este trabalho, ainda que o controle de constitucionalidade se dirija a defender direitos fundamentais de alguma minoria, o maior crivo apoia-se na legitimidade das suas interpretações da Constituição.

Ao invés de agir contra a corrente majoritária, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais.

Partindo-se do pressuposto que a Suprema Corte não atua contra a corrente majoritária, sua atuação volta-se para a formulação de políticas públicas. Dessa forma, ela não atua de forma contramajoritária, outrossim atua juntamente com os outros órgãos políticos, pautada naquilo que Dahl chamou de consenso político nacional. (REGO, 2016, p. 119).

⁷⁸Isto considerando que é praticamente impossível a demonstração de que a Suprema Corte toma decisões que vão contra ou favor das preferências de uma determinada maioria.

Por fim, cumpre destacar que a Supre Corte desempenha o seu melhor papel quando confere legitimidade sobre todos os padrões comportamentais necessário para a operação de uma democracia, e não simplesmente sobre políticas particulares e restritas da aliança política dominante” (DAHL, 2009, p. 42), (característica esta majoritária e não contramajoritária).

5 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS

Este capítulo toma como ponto de partida, para discutir a função contramajoritária, os argumentos desenvolvidos por Luís Roberto Barroso, em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018), os quais, segundo narra, no plano da jurisdição constitucional, pode ocorrer de maneira contramajoritária ou representativa (BARROSO, 2018, p. 107).⁷⁹

Barroso, tem discutido teoricamente o papel do Supremo Tribunal Federal e possui um importante artigo no qual defende a função contramajoritária do STF, e para tanto, ele utiliza alguns exemplos que, metodologicamente, são suficientes para se colocar em discussão essa atuação contramajoritária, especialmente quando da proteção dos direitos das minorias.

Pontue-se que outros exemplos poderiam ser citados e pesquisados, todavia o interesse principal se concentra na sua ideia central enquanto base de análise.

Barroso classifica, ainda, uma função considerada “iluminista” do Supremo Tribunal Federal, que nos seus dizeres, corresponde à função de “empurrar a história quando ela emperra”. Todavia, trata-se de uma competência cautelosa e bastante perigosa, a ser exercida com grande contenção, dado o risco democrático que essa função possa representar (BARROSO, 2018, p. 118). A partir, então, através de exemplos e ponderações colecionadas por Barroso, discutir-se-á adiante, separadamente, o exercício da função tida como contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, antes, considerando o cenário institucional brasileiro, merece informar que Luís Roberto Barroso enumera alguns pontuais casos que, na sua visão, contribuiriam “para o avanço social do Brasil.” (BARROSO, 2018, p. 43), todas com natureza constitucional, com impacto em um ramo específico do Direito. Dentre os casos listados, Luís Roberto Barroso destaca quatro grupos, sob o título “Proteção das minorias” (BARROSO, 2018, p. 44).

⁷⁹A respeito dessa segunda função, a representativa, com o cuidado necessário, Denisson Gonçalves Chaves chama a atenção para o “défice de democracia das decisões judiciais em relação a controvérsias da esfera política”. Em suas palavras, “no Brasil os magistrados não são eleitos, são revestidos dos cargos por meio de concurso público. Em vista da matéria eleitoral em sua maior parte tratar da representatividade manifesta através do voto, questiona-se a legitimidade das decisões judiciais que alteram o processo eleitoral ou mesmo que obstaculizem a fruição de direitos relativos a representatividade, como a questão da elegibilidade” (CHAVES, 2016, p. 75).

São essas as minorias aqui invocadas, em forma de estudos de casos, para se observar a atuação, pelo Supremo Tribunal Federal, contramajoritária ou majoritária, conforme hipóteses apresentadas por Barroso:

Proteção das minorias:

- (i) **judeus**: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo.
- (ii) **negros**: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.
- (iii) **homossexuais**: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.
- (iv) **comunidades indígenas**: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua (BARROSO, 2018, p. 122).

Após tecer algumas considerações sobre o tema, estes casos elencados por Barroso serão estudados nos próximos tópicos que se seguem, a fim de se constatar o exercício ou o não exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, dessa função contramajoritária.

A preocupação, diante dos casos citados por Barroso - enquanto hipóteses de “proteção de minorias” - a rigor, é: Esta atuação figuraria como uma atuação **verdadeiramente contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal em proteção às ditas minorias? Grifou-se.

Cabe demonstrar, ao contrário, que não se tem a pretensão de firmar uma conclusão inteiramente definitiva a respeito da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, apenas a partir desses exemplos citados por Barroso. Até porque, quatro casos não seriam suficientes para retratar, fielmente, toda a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Neste capítulo, será ainda analisada a atuação do Supremo Tribunal Federal, tida, ao menos teoricamente, como valioso instrumento de efetivação de direitos e da proteção das minorias com mote na Constituição.⁸⁰

Considerando a evidente dificuldade de se conciliar o controle jurisdicional com o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático⁸¹, essa função considerada contramajoritária é, historicamente, um dos principais argumentos para embasar o controle Judiciário de constitucionalidade das normas e atos do Legislativo.

Aliado a isso, percebe-se que houve um crescimento do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos básicos dessas minorias. Com isso, há de se

⁸⁰ Exemplificativamente, citam-se os direitos dos negros, dos homossexuais, das comunidades indígenas (autóctones). Ainda a proteção aos judeus, às mulheres, aos trabalhadores, aos pobres no sentido da lei, e às crianças.

⁸¹ Essa dificuldade de compatibilização é conhecida como **dificuldade contramajoritária** e guarda relação com a legitimidade do controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário. Essa expressão ganhou amplitude e tornou-se clássica com a obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16. Grifou-se.

reconhecer que, ao longo de quase trinta e dois anos desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar uma posição de destaque no cenário político nacional. Fabiana Luci de Oliveira explica este fenômeno, “na medida em que a Suprema Corte é chamada a decidir sobre questões proeminentes na agenda nacional de políticas públicas”, especialmente a partir da extensa cobertura midiática somada ao notório protagonismo político. (OLIVEIRA, 2012, p. 89).

Luís Roberto Barroso, por sua vez, aponta para diversos os motivos pelos quais ocorre esse protagonismo político do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2018, p. 94), muito embora estas razões não sejam objeto principal de estudo neste capítulo.

A despeito do ordenamento jurídico brasileiro, convém ressaltar que, com base nos direitos e garantias em sua extensão, reiteradas são as vezes nas quais podem surgir decisões opostas (ou conflitantes) entre os poderes Legislativo e Judiciário, sobretudo no tocante às minorias e sua proteção. Vale dizer que, nessas circunstâncias, envolvendo direitos fundamentais, na visão de Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais definidoras de direito “[...] investem seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem executadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma” (BARROSO, 2009, p. 221/222).

Com base nessas prestações positivas e negativas, não é demais frisar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁸², elencado no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, é o mais importante parâmetro para o exercício de direitos, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa forma, este princípio possui o condão de filtro e influência na atividade interpretativa do texto constitucional, de modo a permitir um limbo de atuação do intérprete, nomeadamente, o Supremo Tribunal Federal, “guardião da Constituição”.⁸³

⁸²[...] Tem razão a argente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) Sem de qualquer modo negar o que diz a argente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo) (...). (Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 153**. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: Dje, 06 agosto. 2010).

⁸³ A respeito do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição, em trabalhos anteriores afirmamos que no caso específico do Brasil, no que tange à relação entre Constituição e Democracia, também é uma ligação complexa e que decorre da relação entre Direito e Política, sobretudo a partir da extensa cobertura midiática em que o STF passou a ter no protagonismo político. Hoje, em caráter definitivo, o Supremo Tribunal Federal, enquanto Guardião da Constituição possui como prerrogativa, afirmá-la como forma indisponível.

Sobre este princípio, é oportuno recorrer a um trabalho apresentado ao XXVIII CONPEDI, no qual Carlos Victor Muzzi Filho e Fabrício de Almeida Silva Reis, em coautoria, trabalham o seu conceito:

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida também como critério unificador de todos os direitos fundamentais, para o qual se reportam, em maior ou menor grau, esses mesmos direitos. É, por outras palavras, postulado central do ordenamento brasileiro ou fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito. Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o elevado *status* de princípio fundamental, essencial e mínimo existencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro. Representa o reconhecimento de um mínimo necessário de direitos que garanta existência digna, não comportando relativização. (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 241, grifou-se).

Nos dizeres de Flávia Piovesan, a dignidade da pessoa humana “está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais” (PIOVESAN, 2000, p. 54). Segundo ela, este critério unificador de todos os direitos fundamentais é um verdadeiro “cânone constitucional”, que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos”. Confere, assim, “suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” (PIOVESAN, 2000, p. 54).⁸⁴

Ademais, vale o registro de que, numa relação de causa e efeito, o Supremo Tribunal Federal acumula várias competências previstas na Constituição, e, por esta razão, as possibilidades de atuação também se ampliam na mesma medida. A despeito das inúmeras competências desempenhas pelo Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso menciona que “o Tribunal presta *jurisdição ordinária* [...] quando atua como qualquer outro órgão jurisdicional”, pelo qual entende-se, que “aplicando o direito infraconstitucional às situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais”. (BARROSO, 2018, p. 35). Ele continua, afirmando que o

Exatamente esse é o entendimento sobre tal papel, de modo que ao tratar de questões que envolvem direitos de liberdade e igualdade, devem ser empregados argumentos tipicamente constitucionais. Haja vista que dentro da Constituição é que se deve encerrar a tensão entre Direito e Política. O que se pode inferir, pelo menos nesse ponto, é que, enquanto guardião lhe cabe defender a Constituição (o que inclui identificar qual o melhor método para defendê-la) e garantir que todos os cidadãos possam se socorrer nela quando das suas reivindicações por inclusão e igualdade de tratamento. (ALMEIDA, Fabrício de. **O Guardiã da Constituição**: do embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt até o papel político-institucional de guardião da constituição hoje. Belo Horizonte, 2019).

⁸⁴Flávia Piovesan ainda acrescenta que é no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2004, p. 92). Nessa acepção, recorre-se a um trabalho recente, no qual destacou-se que “o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno. É um critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos humanos se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta” (ALMEIDA, 2017, p. 272).

Tribunal exerce, ainda, como função principal, “a *jurisdição constitucional*, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas de inconstitucionalidade”, (ou seja, processos objetivos, no modelo concreto), como em “processos subjetivos” (ou seja, modelo difuso) (BARROSO, 2018, p. 35/36).

Observa-se, com isso, que existe, portanto, uma gama de oportunidades de cunho processual nas quais o Supremo Tribunal Federal atua, o que inclui também, a proteção de direitos e garantias fundamentais de minorias.

Para tanto, os exemplos colecionados por Barroso servirão para ilustrar e aprofundar os questionamentos e discussões em torno do exercício dessa atuação contramajoritária. Através deles, será permitida a constatação, *in loco*, da atuação do Supremo Tribunal Federal, a testificar se, em verdade, atuou contramajoritariamente, ou, ao contrário, confirmou e/ou referendou as decisões do Legislativo e/ou do Executivo, em relação à essas minorias.

Outro importante ponto e que chama a atenção nesse papel, é o conceito de “minorias” que pode ser preenchido por diferentes conteúdos, por sua vez, podem ser representadas tanto em quantidade quanto em qualidade.⁸⁵ Dessa forma, socialmente existem minorias étnicas, raciais, religiosas, de gênero, de idade, de condição econômica, física ou psíquica, portadoras de deficiência, de origem migracional, entre outras características comuns.

Nesse contexto, necessário se faz entender qual é o verdadeiro papel desempenhado pelo Judiciário na sua proteção e nas ações afirmativas que envolveram os direitos desses grupos.

Por isso, é de se perguntar, diante da dificuldade contramajoritária e a tutela do processo democrático, se, verdadeiramente, as cortes constitucionais exercem esse papel contramajoritário, dada a relevância do exercício do controle de constitucionalidade das leis, sob a legitimação dessas cortes, tendo como parâmetro a competência e o reconhecimento que lhes são conferidos.

Para tanto, analisar-se-ão, pontualmente, as ações afirmativas firmadas bem como suas respectivas validações, enquanto estudos de casos e objeto de análise no próximo subtópico.

⁸⁵A terminologia “minorias” será empregada neste trabalho para se referir e identificar àqueles grupos sociais vulneráveis que compartilham peculiaridades comuns. Nos dizeres de Alessandro Soares, ele considera minorias “aqueles grupos sociais vulneráveis quanto à garantia de direitos, situação vinculada, na maioria das vezes, a questões históricas de dominação e exploração” (SOARES, 2018, p. 273). Em outras palavras, minorias são grupos que, além de compartilharem características comuns, estão em “inferioridade numérica ou em situação de subordinação socioeconômica, política, cultural ou qualquer outra forma, em relação a outro grupo majoritário ou dominante em uma dada sociedade” (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 235).

5.1 AÇÕES AFIRMATIVAS

Ultrapassadas as considerações tangentes à política, passa-se agora à importante análise dos elementos controversos ou requisitos de validade constitucional das ações afirmativas.⁸⁶

Inicialmente, enquanto ponto de partida para melhor elucidação, observam-se os casos referentes à “validação de ações afirmativas”, relacionados à igualdade racial (em favor de negros), até se chegar à proteção dos judeus (direito de liberdade de expressão), exemplos elencados e apontados por Luís Roberto Barroso, como uma atuação defensiva e protetiva das minorias.⁸⁷ (BARROSO, 2018, p. 37).

5.1.1 Igualdade racial

Veja-se, que, em 2016, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF (BRASIL, 2017) em defesa da Lei nº 12.990 de 2014, solicitando que o STF declarasse tal norma compatível com a Constituição da República de 1988. A Lei nº 12.990 de 2014, por sua vez, reserva para “negros” um total “de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta”.

O pressuposto da “exigência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” encontra-se no art. 14, inciso III, da Lei nº 9868 de 1999. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir por tal razão, haja vista, existir uma “controvérsia judicial relevante” no tocante à validade constitucional dessa ação afirmativa em específico, trazida pela Lei nº 12.990 de 2014.

⁸⁶Em países como o Brasil, que adotam e reconhecem os presença dos direitos fundamentais em sua aceção e existência completas, percebem-se que as minorias também são alcançadas por estes direitos. Não importa aqui, por hora, se esses direitos fundamentais encontram-se insculpidos numa Constituição formal escrita, ou reconhecidos por meio dos costumes de uma certa sociedade, ou mesmo positivados numa declaração de direitos. O mais importante, nesse sentido, é que a proteção aos direitos fundamentais vá de encontro também a estas minorias naquilo que diz respeito aos direitos e liberdades fundamentais, oriundos e reforçados pelos diplomas internacionais dos quais os sistemas domésticos fazem parte.

⁸⁷Digno de nota, Marcelo dos Santos Bastos (2011, p. 50), traz a observação José Maria Contreras Mazarío (1997), no sentido de que as minorias são formadas por aqueles que sofrem discriminação e são uma parte não dominante da população dos Estados (BASTOS, 2011, p. 50). O jurista cita, nessa linha de José Maria Contreras Mazarío (1997), que toda minoria é um grupo vulnerável, não obstante nem todo grupo vulnerável pode ser considerado uma minoria (BASTOS, 2011, p. 50). E completa, ao mencionar que ao grupo vulnerável falta, justamente, determinado grau de homogeneidade entre os seus membros, que não se sentem unidos àquele conjunto, exatamente porque lhes faltam aquelas características comuns (como étnicas, religiosas, de origem, etc.), que permitem uma similitude própria e com sentido de continuidade (BASTOS, 2011, p. 50).

Pergunta-se, o que decidiu o Supremo Tribunal Federal?

Nesta ADC, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, o STF julgou procedente a ADC, declarou a “[...] integral constitucionalidade da Lei nº 12.990 de 2014”, além de ter fixado uma tese a ser observada pela Administração Pública e demais órgãos do Judiciário, com a fixação da “tese de julgamento” abaixo:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta.⁸⁸ [...] É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. (BRASIL, 2017).

Os argumentos desenvolvidos e utilizados pelo Relator da ADC nº 41/DF, Ministro Luís Roberto Barroso, nesta ação afirmativa em que os negros são os favorecidos, se legitimou constitucionalmente no que Barroso classificou como “três dimensões da igualdade”. (BRASIL, 2017). Conforme o posicionamento de Barroso, citado por Márcio André Lopes Cavalcante “a igualdade proíbe que haja uma hierarquização dos indivíduos e que sejam feitas distinções sem fundamento”. (CAVALCANTE, 2018, p. 28). De modo que, este princípio também impõe uma ordem, qual seja, a “de que deve haver a neutralização de injustiças históricas, econômicas e sociais e que haja um maior respeito à diferença.⁸⁹ (CAVALCANTE, 2018, p. 28). No contexto atual, diante do mundo contemporâneo, existem, portanto, três dimensões da igualdade, a saber: “a) a igualdade formal; b) a igualdade material; c) a igualdade como reconhecimento.” (CAVALCANTE, 2018, p. 28).

Barroso destacou ainda que tal ação afirmativa se legitimava também no que ele chamou de “racismo estrutural e institucional”(BRASIL, 2017), todavia, com a *máxima vênia*, cabe frisar que e não é demais lembrar que, esse “racismo estrutural e institucional” não infectara a atuação do Poder Legislativo, sobretudo ao editar a lei nº 12.990 de 2014, de forma que ao Supremo Tribunal Federal, neste caso, não coube o exercício de uma atuação

⁸⁸STF. Plenário. ADC 41/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 08 de junho de 2017 (Informativo nº 868 do STF).

⁸⁹Sobre isso, Convenção Internacional Sobre A Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, muito contribuiu, ao definir a discriminação racial como sendo “qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.” (BRASIL, **Decreto nº 65.810 de 08 dezembro 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso: 15 mar. 2020).

contramajoritária, ao contrário, coube-lhe uma atuação de confirmação ou reafirmação da constitucionalidade da lei então questionada, portanto majoritária.⁹⁰

Situação parecida ocorreu no mês de abril de 2012, quando da análise, pelo STF, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada pelo Democratas (DEM). Nela discutiu-se a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília (UnB) (BRASIL, 2012). Esta Universidade implantou o sistema de cotas em 2004, no qual disponibilizara a reserva de 20% das vagas para negros e outra pequena porcentagem para indígenas. Com validade de dez anos, esta medida foi então revista pela universidade posteriormente.

Nesta ADPF, o STF fixou um novo precedente e considerou as cotas constitucionais, julgando improcedente a ação. Os ministros seguiram por unanimidade o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, e conforme dispõe a decisão “as cotas da UnB não se mostravam desproporcionais ou irrazoáveis.” (BRASIL, 2012). O Ministro considerou que a regra tem o objetivo de superar distorções sociais históricas, empregando meios marcados pela proporcionalidade e pela razoabilidade.” (BRASIL, 2012). Mais uma vez, ocorreu uma atuação do STF em assentar a constitucionalidade da política de ação afirmativa.⁹¹

Outra circunstância semelhante, ocorreu no ano de 2014, quando do Recurso Extraordinário (RE) nº 579.285/RS, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2014), no qual o STF atuou confirmando as normas do Executivo e, por sua vez, negando provimento ao referido recurso. Sob o requisito de admissibilidade da repercussão geral, envolveu-se a discussão quanto à constitucionalidade do programa de ação

⁹⁰Vale dizer que nos países reconhecedores de direitos, a proteção constitucional é fortalecida na medida em que estes bens são tutelados por seus tribunais constitucionais, isto considerando a atribuição que lhes competem e lhes conferem, de afastar quaisquer atos discriminatórios, ainda que venham de outros poderes instituídos. Por esta razão, no contexto em que, ao afastar ou anular um ato vindo do Legislativo ou do Executivo, estaria a corte constitucional, como alguns afirmam, exercendo uma função denominada contramajoritária. Todavia, nesta circunstância, coube ao STF uma atuação de confirmação ou reafirmação da constitucionalidade da lei então questionada, portanto majoritária.

⁹¹Em análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, a qual fora ajuizada pelo Democratas (DEM), de acordo com Rodrigo Otávio Gomes Fagundes seu intuito foi “ver declarada a inconstitucionalidade do programa de cotas implementado pela Universidade de Brasília. Em suma, os argumentos do requerente eram no sentido de que a política de cotas então adotada violava diversos dispositivos e princípios constitucionais, dentre os quais o da igualdade, o do mérito e o da universalidade de acesso ao ensino. O ponto nevrálgico da discussão girava em torno da metodologia de reserva de vagas utilizada pela UnB como forma de superar a desigualdade étnico-racial dos aspirantes à universidade pública. [...] que a interpretação das normas constitucionais é feita sempre em conjunto, nunca de forma isolada. A utilização de um dispositivo constitucional de maneira apartada pode levar o intérprete a equivocar-se quanto ao real intento do legislador quando da edição da norma. O julgamento também passou pela análise da questão racial, pois, segundo o Relator, um negro beneficiado por políticas afirmativas pode servir de inspiração para muitos outros trilharem o mesmo caminho dando-lhes uma injeção de ânimo e de autoconfiança” (FAGUNDES, 2016, p. 106-108).

afirmativa, estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, que implantou o sistema de “cotas” raciais, com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior. (BRASIL, 2014). Neste Recurso Extraordinário, cujo Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, diante da relevância do ponto de vista social e jurídico, fixou-se a seguinte tese: “há toda uma base normativa legal que autoriza o uso de ações afirmativas, como a utilização de critério étnico-racial na seleção para ingresso no ensino superior”. (BRASIL, 2014). Sendo considerado, portanto, constitucional tal uso.

Nota-se, pois, que no tocante às ações afirmativas acima, não houve, verdadeiramente, o exercício de uma atuação contramajoritária pelo STF.

O que se vê no quadro encontrado pelo Supremo Tribunal Federal, respeitado, obviamente, o lapso temporal entre os casos, foi o contrário àquele que desafiou a Suprema Corte norte-americana, no feito *Brown v. Board of Education of Topeka* no ano de 1954⁹², no qual os juízes os juízes decidiram, por unanimidade, que a segregação racial de crianças em escolas públicas, era inconstitucional. Este caso tornou-se símbolo da luta por direitos de igualdade racial nos Estados Unidos, onde debateu-se, o famoso caso da jurisprudência do Judiciário norte americano, qual seja, a constitucionalidade da doutrina *separate but equal*⁹³, que amparava a mencionada segregação racial de crianças.⁹⁴ (REGO, 2016, p. 114/115).

Melhor ilustrando, em 1951, na pequena cidade norte-americana de Topeka (Kansas), Linda Brown, na época uma garota com oito anos de idade, de pele negra, estudava na *Monroe School* (escola destinada às crianças afrodescendentes) distante a mais de vinte quarteirões da sua casa, com baixa qualidade de ensino e instalações físicas prejudicadas. Noutra alternativa, existia uma outra escola, a *Sumner School*, que ficava nas proximidades de sua casa, contudo destinada às crianças brancas, já que, naquela época havia uma legislação do Estado do Kansas que não permitia o convívio entre alunos brancos e negros. (SOUTO, 2015, p. 74).

⁹²No original, “*Brown v. Board of Education of Topeka* was a landmark 1954 Supreme Court case in which the justices ruled unanimously that racial segregation of children in public schools was unconstitutional. *Brown v. Board of Education* was one of the cornerstones of the civil rights movement, and helped establish the precedent that “separate-but-equal” education and other services were not, in fact, equal at all.” (Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka>. Acesso em: 01 mar. 2020. Tradução nossa; esclarecemos).

⁹³Separados, mas iguais.

⁹⁴A segregação se refere ao fenômeno sociológico, caracterizado por qualquer conduta a título de ação (ativa) ou omissão (negativa), que separa, distingue, isola, ou desagrega as minorias dentro da sociedade, quase sempre pomenorizando-as, rebaixando-as, destruindo-as, comprometendo seus direitos fundamentais e/ou colocando-as em condição de maior vulnerabilidade e fragilidade

Conforme pontua João Carlos Souto, o caso *Brown v. Board of Education*, além de outros sentidos e significações, acolheu “o de demonstrar a autoridade da Suprema Corte dos Estados Unidos em alterar, via controle de constitucionalidade, leis e costumes que se encontravam em prática por mais de meio século”. (SOUTO, 2015, p. 81).

Para ilustrar um pouco a questão do fim da segregação de raças, continua João Carlos Souto ao afirmar que “não foi obra do Poder Legislativo ou iniciativa do Poder Executivo”, não obstante, considerou-a atuação da Suprema Corte, a qual “foi absoluta em afastar a segregação e garantir a igualdade sem separação” (SOUTO, 2015, p. 82, “*passim*”). Nesse passo, Souto complementa que o poder “Legislativo Federal já havia aprovado, a essa altura, algumas normas que incentivaram a igualdade sem separação, contudo, a legislação estadual permanecia inalterada”. (SOUTO, 2015, p. 81, nota nº 82), sendo incontestável, em vista disso, a atuação contramajoritária da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, diante dos casos que ele apreciou, já no século XXI, percebe-se que já adotara algumas ações afirmativas, de maneira que a objeção a estas ações surgiu de agremiações e grupos, que não concordavam e/ou aceitavam aquelas ações.

Por conclusão, pode-se aferir que, nesta conjuntura, a atuação do Supremo Tribunal Federal não foi propriamente contramajoritária, outrossim visou confirmar e referendar as predileções legislativas.

Com efeito, isolados atos discriminatórios contra as minorias, destarte, não decorreram da atuação estatal (entenda-se aqui as atuações que envolvem a atividade legislativa ou administrativa), ao contrário, partiram de algumas categorias da sociedade resistentes quanto a efetivação das ações afirmativas pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ao Supremo Tribunal Federal, cabe-lhe, enquanto Corte Suprema, o papel de confirmar, reafirmar, referendar, endossar e validar as leis e normas jurídicas, impostas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

5.1.2 Direitos da entidade familiar homoafetiva e a “interpretação conforme”

Veja-se, que no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir quanto ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (BRASIL, 2011). Ao analisar casos específicos, especialmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, o Pleno da Suprema Corte, proclamou que “ninguém,

absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual” (BRASIL, 2011).

Com referência à denominação utilizada por Luís Roberto Barroso, enquanto “defesa de direitos dos homossexuais”, nos seus dizeres “a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil” (BARROSO, 2018, p. 44), existe, também, uma relevante idiosincrasia, a qual define a afirmação de ter ocorrido uma atuação contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal neste caso específico.⁹⁵

Melhor contextualizando, em 14 de outubro de 2011 foi submetida ao Supremo Tribunal Federal a já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, cujo Relator foi o Senhor Ministro Ayres Britto, proposta pelo então governador do Rio de Janeiro em exercício. (BRASIL, 2011). Nela, discutia-se, por sua vez, a interpretação aos incisos II e V do art. 191 e aos incisos I a X do art. 332, todos do Decreto-Lei nº 220 de 1975⁹⁶, cujos dispositivos dessa lei estadual implicavam numa “efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual” (BRASIL, 2011).

O Ministro Ayres Britto, em seu voto, explica a técnica da “interpretação conforme a Constituição” para “viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais” (BRASIL, 2011).

Ocorre que, durante o andar da ADPF nº 132/RJ, entretanto, como o próprio ministro explicita, houve uma alteração legislativa, de sorte que, reconheceu que “a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara ‘à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes’” (BRASIL, 2011). Por esta razão, à vista dessa inovação legislativa concorrente à

⁹⁵ Na avaliação de Luís Roberto Barroso, esse papel tido como contramajoritário do controle de constitucionalidade “[...] tornou-se quase universalmente aceito”, atuando as cortes constitucionais com base em dois principais fundamentos, quais sejam: a “proteção dos direitos fundamentais” e na “proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”. (BARROSO, 2018, p. 108). Em sua abordagem, no desempenho da jurisdição constitucional, Barroso pontua que “há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais”, sendo um deles, o “direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração.” (BARROSO, 2018, p. 36).

⁹⁶Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro.

ADPF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ter sucedida a “a perda de objeto da presente ação”, qual seja, a ADPF nº 132/RJ (BRASIL, 2011).⁹⁷

Vale destacar que, também em 2011, com o Recurso Extraordinário (RE) nº 477.554/MG (BRASIL, 2011-a), o Supremo Tribunal Federal outra vez foi provocado a manifestar-se sobre a temática, de modo que o Relator, Senhor Ministro Celso de Mello, assim se pronunciou:

[...] Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. [...] Conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento, em ordem a reconhecer a existência, no caso, de união estável homoafetiva, atribuindo-lhe a condição de entidade familiar, restabelecendo, em consequência, a sentença proferida pelo ilustre magistrado estadual de primeira instância (comarca de Juiz de Fora/MG). (BRASIL, 2011).

Em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF citada, que fora também ajuizada no mesmo ano, mais precisamente em 14 de outubro de 2011, cujo Relator foi o Senhor Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011-b), composição plena, o Supremo Tribunal Federal decidiu por conferir interpretação ao art. 1723 do Código Civil de 2002 de acordo com a Constituição da República de 1988⁹⁸. Para tanto, “ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação’ conforme à Constituição”. (BRASIL, 2011-b). Dessa forma, visou-se eliminar do art. 1723 do Código Civil de 2002, todo e qualquer “significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (BRASIL, 2011-b).

Observa-se, isto posto, que, no julgamento da ADPF nº 132 do Rio de Janeiro, antes mesmo da atuação do Supremo Tribunal Federal, sucedeu a dita alteração legislativa, a qual abarcou também a minoria individualizada. Ainda que o Poder Legislativo carioca tenha

⁹⁷Continua, o Ministro Ayres de Britto, ao explicar que, o que ocorreu foi a “perda de objeto que de logo assenta quanto a esse específico ponto (direitos previdenciários). Isso porque a lei em causa (a Lei nº 5.034/2007) já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.” (BRASIL, 2011).

⁹⁸Técnica da “interpretação conforme”, ou seja, trata-se do reconhecimento da união homoafetiva como família. (BRASIL, 2011-b).

atuado em defesa dessa minoria, nessa circunstância não há que se falar em uma atuação contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal.

Noutro pronto, no tocante ao Código Civil de 2002, o preceito contido no art. 1723, não era claro o bastante em reconhecer o direito à união estável não-heteroafetiva, embora também não o fosse explicitamente segregacionista. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal adotou a técnica da “interpretação conforme”, que nas palavras de Tatiana Poltosi Dorneles, corresponde a “um método hermenêutico [...] que tem como fim garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional, devendo ser utilizada, sempre para dar a lei o sentido adequado da Constituição Federal.” (DORNELES, 2006).

Por conclusão, no que se refere ao reconhecimento do direito à união estável e à entidade familiar, por parte dessa minoria homossexual, arrisca-se a afirmar que, além da esfera judicial, não existem maiores entraves nos âmbitos legislativo e/ou administrativo. Em função disso, o papel do Supremo Tribunal Federal nos casos estudados acima, foi no espírito de endossar ou referendar ainda mais as disposições legislativas usadas, seja no Rio de Janeiro (com a ADPF nº 132), quanto na mais acertada “interpretação conforme” do art. 1723 do Código Civil à Constituição da República de 1988.⁹⁹

5.1.3 Direitos das comunidades autóctones indígenas

No ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir quanto à “demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol”. (BRASIL, 2010). Diante da Petição (PET) nº 3388/RR (Roraima), o Supremo Tribunal Federal, Pleno, cujo Relator foi o Ministro

⁹⁹Ainda sobre a temática dos direitos das pessoas LGBTI+, tramitam no Senado Federal dois projetos de leis, sendo um substitutivo do projeto de lei 672/19, do Senador Weverton Rocha (PDT-MA), o qual altera a Lei n. 7.716/1989 (Lei de Racismo) para incluir o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2019); e o projeto 191/17, do Senador Jorge Viana (PT-AC), que altera a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) para incluir também as transexuais (BRASIL, 2017). Atualmente, o primeiro projeto se encontra aguardando turno suplementar em apreciação terminativa (BRASIL, 2019) e o segundo se encontra pronto para deliberação do Plenário. (BRASIL, 2017). Todavia, por não terem sido ainda aprovados no Senado nem na Câmara dos Deputados (de modo que também deverão ser submetidos ao Presidente da República, sem garantia alguma que se convertam em leis), o Supremo Tribunal Federal ante a omissão legislativa e diante de dois processos relacionados ao tema (ADO 26 e MI 4733), manifestou-se nas referidas ações por maioria de votos (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio). Com referência na tutela de direitos fundamentais, o STF firmou o seguinte entendimento: “[...] o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis” (BRASIL, 2019).

Ayres Britto, pronunciou-se, validando os atos oriundos do Executivo federal.¹⁰⁰ Ao analisar este caso específico, a Suprema Corte, mais uma vez referendou, assim digamos, e confirmou o proceder do Executivo que atuou na defesa dessa minoria indígena ao demarcar a “reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua”. (BRASIL, 2010).

Nesse passo, de modo bastante peculiar, o Supremo Tribunal Federal além de declarar a “constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol” bem como afirmar “a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório” (BRASIL, 2010), ainda definiu uma sucessão de “salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas” não muito comuns, as quais objetivavam garantir a efetiva execução da ordem judicial e o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos em relação à minoria indígena.

Em seu voto, o Relator, Ministro Ayres Britto, se pronunciou pelo assentamento da “condição indígena da área demarcada como Raposa/Serra do Sol, em sua totalidade, [...] devendo-se retirar das terras em causa todos os indivíduos não-índios.” (BRASIL, 2010). Com isso, protegeu-se não só os índios, como as comunidades indígenas, sobretudo as áreas onde habitam (parte do território nacional brasileiro), observada a proteção constitucional existente e dirigida à esta minoria.¹⁰¹

Sobre o tema, pode-se perceber que, novamente, a atuação do Supremo Tribunal Federal não foi verdadeiramente contramajoritária. Outrossim, esta atuação ao decidir quanto à “demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua” como aponta Luís Roberto Barroso, foi concordante e confirmatória da ação do Executivo, indo um pouco além da proteção anterior, isso ao definir uma sucessão de medidas para salvaguardar os direitos e efetivá-los em benefício da minoria indígena, considerando a importância histórico-cultural da causa. (BARROSO, 2018, p. 44).

5.1.4 Proteção aos judeus

No ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se posicionar e decidir quanto ao Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, Tribunal Pleno, cujo Relator Originário foi o

¹⁰⁰Este ato do Executivo federal trata-se da Portaria nº 534 de 2005, do Ministério da Justiça que demarcou a reserva indígena em 2005; e o Decreto homologatório de 15 de abril 2005 assinado pelo então Presidente da República na época, contestados em ação popular.

¹⁰¹Sobre isso, aos índios são assegurados diversos direitos em um capítulo específico da Constituição da República de 1988, conforme título VIII – “Da Ordem Social”, capítulo VIII – “Dos Índios”; além de outros dispositivos espalhados no texto constitucional e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Ministro Moreira Alves e o Relator para o Acórdão foi o Ministro Presidente Maurício Correa (BRASIL, 2004).

Salienta-se que nesta ação não fora discutida legislação que, por ventura, houvesse violado direitos ou discriminado os judeus. Discutiui-se, portanto, “a configuração de crime de racismo em livro que fez a apologia de preconceitos contra o povo judeu”. (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 247). O Habeas Corpus nº 82.424/RS, em resumo:

[...] foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita. O art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação anti-semita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo. (BRASIL, 2004).

Noutras palavras, discutiui-se a conformação, ou não, da prescrição da pretensão punitiva (prescrição penal), de forma que, o plenário do Tribunal, por maioria de votos, pronunciou-se, denegando o Habeas Corpus, com o entendimento de que “a conduta consistente em publicação de livros de conteúdo anti-semita, foi explícita, revelando manifesto dolo. [...] a discriminação cometida, que seria dirigida especificamente contra os judeus, configura ato ilícito de prática de racismo.” (BRASIL, 2004).

Afirmou-se, pois, quanto ao direito à liberdade de expressão que “não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” (BRASIL, 2004). Ademais, sobre a liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal reiterou que tal direito “não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”. (BRASIL, 2004). Por esta razão, neste caso específico, o direito à liberdade de expressão foi afastado, dando lugar a outros princípios, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Nota-se, que a “proteção aos judeus” como menciona Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2018, p. 44), da mesma forma que os exemplos anteriores, não pode ser propriamente enxergada como uma atuação contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista, ter instituído, no caso concreto, balizas para o direito constitucional à liberdade de expressão.

Por conclusão, o Habeas Corpus não se enquadra, verdadeiramente, numa das hipóteses de proteção das minorias. Isto, considerando que o Supremo Tribunal Federal, atuou

substancialmente para definir a limitação e o alcance do direito à liberdade de expressão, cuja decisão não demandou uma atuação rigorosamente contramajoritária do Tribunal.

Em que pese ser um caso difícil, dada a complexidade do tema, destaca-se que as liberdades públicas não se revestem de caráter absoluto e/ou incondicionado, por esta razão, devem ser praticados de modo harmônico, observados os ditames do próprio texto constitucional.

Nesse sentido, não estava presente no caso em tela, uma prática de uma política discriminatória em relação ao povo judeu, mas, sim, uma discussão a respeito da possibilidade do direito constitucional à liberdade de expressão, encobrir ou não, manifestações de cunho ultrajosos, injuriosos, preconceituoso e/ou caluniosos. Apesar de processar-se, sob o argumento principal da ação penal ser o cunho racista, o objeto de discussão no caso em estudo foi outro, qual seja, a amplitude e os limites do direito constitucional à liberdade de expressão.¹⁰²

¹⁰²Nas palavras de Alexandre Melo Franco Bahia “a liberdade de expressão tem limites e um deles é a reputação e o direito dos outros.” (BAHIA, 2016, p. 385).

6 DUAS HIPÓTESES SOBRE A FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

Conforme foi dito e demonstrado no capítulo anterior, os quatro exemplos que Luís Roberto Barroso se refere como proteção de minorias (lembrem-se, negros; homossexuais; comunidade indígenas; e judeus), não possibilitam, aplicadamente, nenhum desfecho concludente a respeito da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

De outro modo, o que se pode ilustrar é que, nestes quatro exemplos, em que pese tratem de direitos distintos, indicam, duas importantes atuações, a saber: a) O exercício da função legitimadora e reconhecimento das normas provenientes do Executivo ou do Legislativo (veja, nos itens 5.2.1, 5.2.2 e 5.2.3, “*retro*”); e b) Abordagem do efetivo alcance dos direitos e garantias fundamentais (veja, no item 5.2.4, “*retro*”).

Em ambas as atuações não resta representada, efetivamente, uma atuação contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa toada, questiona-se como é realizada, ou, em que consiste exatamente essa função dita como contramajoritária. Antes de serem abordadas as duas hipóteses enquanto problema deste trabalho, faz-se necessário voltar as atenções sobre o exercício da função (contra)majoritária pelo Supremo Tribunal Federal, assunto que se examina no próximo subtópico.

6.1 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (CONTRA)MAJORITÁRIA PELO STF

Com os movimentos pós Segunda Guerra Mundial diante das consequências e barbáries cometidas, e em especial, a partir do neoconstitucionalismo¹⁰³, surgiu a exigência também aclamada por anseios sociais, de munir as Constituições de uma força normativa ainda maior.

Nessa linha, Dirley Da Cunha Junior ressalta que:

[...] foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a

¹⁰³O neoconstitucionalismo foi uma nova leitura do constitucionalismo (novo constitucionalismo). Sobre ele, Walber de Moura Agra destaca que “[...] trouxe uma nova interpretação normativa que deixou para trás a sua característica meramente retórica, passando a buscar um modelo normativo axiológico, ou seja, de valoração da Constituição frente às normas infraconstitucionais, não somente de grau, mas de valor em si.” (AGRA, 2014. p. 31).

consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (CUNHA JUNIOR, 2015).

Neste cenário, o Poder Judiciário representado pelas Supremas Cortes, (no caso Brasileiro o Supremo Tribunal Federal), assumiram papel de destaque, pois controlam os atos dos outros poderes tendo como mote o texto constitucional. Por esta razão, ao passo que este poder é conferido aos membros do Judiciário, (portanto juízes togados, que não foram eleitos pelo voto popular), para anular, invalidar ou confirmar os atos dos outros poderes (Executivo e Legislativo), na visão de autores como Luís Roberto Barroso, representa uma “função contramajoritária”. Grifou-se.

A propósito, a Constituição da República de 1988, em seu art. 102, inciso I, alínea a), dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.
[...]
(BRASIL, 1988).

Nota-se que a competência do STF para o julgamento de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADI), cujo efeito é *erga omnes*, compreende não somente a ADI positiva (à título de ação, ou seja, conduta positiva violadora de dispositivo da Constituição), mas também a Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (vide art. 103, §2º da Constituição da República de 1988).

Seja dito de passagem, a Constituição da República de 1988, sobre este último tipo de ação prevê:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
[...]
§ 2º Declarada a **inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988, grifou-se).

Por consectário, não é demais frisar que nesta toada, ainda que tal competência se dirija a defender os direitos fundamentais de determinada minoria, o crivo maior é a Constituição. E como tal, partindo-se do pensamento de que as normas jurídicas aprovadas pelo Legislativo (dentre as quais está a Constituição), observam o princípio majoritário (excluído os raríssimos casos), as normas, por sua vez, não se revestem de caráter discriminatório contra as minorias, mas sim, abrangem diversos direitos (dentre os quais, o direito ao tratamento não-discriminatório).

A respeito da Constituição, declaração de direitos e este tratamento não discriminatório, é o que se analisa a seguir.

6.1.1 Constituição, declaração de direitos e tratamento não discriminatório

Neste tópico, será preciso recorrer aos importantes ensinamentos propostos por Robert Alan Dahl e Jeremy Waldron, estudados no quarto capítulo dessa dissertação de mestrado.

Dahl, observou que “a função mais importante da Suprema Corte, [...] é proteger os direitos básicos ou de caráter fundamental” (DAHL, 2009, p. 38/39). Segundo ele, “em um país onde os direitos básicos são, em termos gerais, respeitados, não se pode esperar uma quantidade significativa de casos em que a Suprema Corte teve que se posicionar firmemente contra uma maioria formada por legisladores” (DAHL, 2009, p. 39).

De modo semelhante, porém em crítica ao *Judicial Review*, Jeremy Waldron afirma que “tudo depende de saber se as maiorias judiciais estão infectadas pelos mesmos preconceitos das maiorias legislativas. Se estiverem, então o caso pode ser, além de não essencial, irremediável”. (WALDRON, 2017, p. 155). Neste tom, ele continua, ao pontuar que a “prática do *judicial review* não pode fazer nada a favor dos direitos das minorias se não houver o apoio de toda sociedade aos direitos de minorias” (WALDRON, 2017, p. 155).

Aqui encontra-se a primeira hipótese sobre a atuação considerada contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias, mais acertadamente e coerentemente formulada, qual seja: **Constituição, declaração de direitos e o tratamento não discriminatório**. Grifou-se.

Explicam-se, melhor, a partir dos próprios exemplos colecionados por Luís Roberto Barroso, estudados no quinto capítulo.

Primeiramente, em sociedades constitucionalmente democráticas (entendidas sob a ordem política e social que garantam uma igualdade de status social a todos), alinhadas à tradição do constitucionalismo pelo texto constitucional, dificilmente (ou incomumente) haverá situações de discriminação contra minorias, por parte do Poder Público, sensatamente, nos âmbitos do Legislativo ou Executivo.

Há de se observar que, no tocante à aprovação das normas jurídicas, aquelas aprovadas em harmonia e em conformidade com o princípio majoritário, (excluído os raríssimos casos), as normas, por sua vez, não se revestem de caráter discriminatório contra as minorias, ao contrário, abarcam diversos direitos (dentre os quais, o direito ao tratamento não-discriminatório). Em outros termos, isso ocorre “na medida em que a própria Constituição já

conterá declaração de direitos que se contrapõem ao tratamento discriminatório contra as minorias.” (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 248).

Ao enfatizar a relevância da função tida como contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso assente que este “papel [...] tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia”, frisando que “a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador” (BARROSO, 2018, p. 109, “*passim*”). Ele, o Barroso, registra, conforme dados da Secretaria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal que do ano de 1988 até 2018, “foi possível identificar 93 (noventa e três) dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais”, conforme narra, “um número **pouco expressivo**, ainda mais quando se considera que foram editadas, no mesmo período, nada menos de 5.379 leis ordinárias federais”, acrescidos de 88 (oitenta e oito) leis complementares.” Prossegue, ao afirmar que, “do ponto de vista quantitativo, a imensa maioria da produção legislativa não é afetada pela atuação do STF.” (BARROSO, 2018, p. 109, nota nº 46). Grifou-se.

Verdade seja dita, seria inexequível o ordenamento jurídico brasileiro, que se constitui em Estado Democrático de Direito, se, continuamente, fossem criadas leis e normas jurídicas, ou até mesmos atos administrativos, que, por sua natureza e conteúdo, representassem violações/atropelos de direitos das minorias.

Sabe-se que constitui, dentre outros objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Destarte, no modelo democrático de sociedade, no qual, por regra, os direitos das minorias sejam salvaguardados, diante dos exemplos aqui analisados, (apesar de elencados por Luís Roberto Barroso enquanto casos de atuação contramajoritária do STF na proteção de minorias), verdadeiramente, equivalem e correspondem à decisões confirmadoras ou reafirmadoras das escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo.

6.1.2 Legislação simbólica

Neste tópico, enquanto segunda hipótese sobre a atuação considerada contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias, será preciso recorrer aos importantes ensinamentos propostos por Marcelo Neves, a então chamada **legislação simbólica**. Grifou-se.

Sob outra perspectiva, o reconhecimento de direitos e o acolhimento das minorias, podem não ser inteiramente capazes para que, de fato, ocorra o respeito às minorias. Diante disso, Marcelo Neves, em sua linha (assentada na sobreposição que ocorre nas funções “instrumental” e “simbólica” da Constituição), observa que, no caso brasileiro, esta hipótese “não se trata de hipótese excludente da anterior, mas complementar, porque tende a explicar a cena brasileira de atuação contramajoritária do STF.” (NEVES, 2007).

Segundo ele, a legislação simbólica pode ser definida “como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p. 30). Neves chama a atenção para um sentido mais abrangente, nos seus dizeres, “pode-se dizer que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto”. (NEVES, 2007, p. 30).

Neves prossegue, ao afirmar que a legislação simbólica se configura “quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los” (NEVES, 2007, p. 31). Nos dizeres de Paulo Roberto Fonseca Barbosa, isso ocorre quando há “uma dicotomia existente entre as palavras embutidas no âmago constitucional e sua concretização jurídica no mundo real.” E se refere a este fenômeno como sendo um “traço característico dos ordenamentos jurídicos de países periféricos”. (BARBOSA, 2013, p. 269).

Nessa mesma toada, Lênio Streck pontua que:

A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma - a Constituição – estabeleceu para o futuro. (STRECK, 2014, p. 88).

Discussões e polêmicas à parte, no caso especificamente brasileiro, enquanto pressuposto de início, é relevante a hipótese de que não falta legislação, ou seja, não falta, rigorosamente, atuação do Legislativo ou do Executivo. Parafraseando trabalhos anteriores, o que falta, em diversos casos, são “condições necessárias para efetiva implementação de direitos e garantias das minorias, razão pela qual as normas existentes se configuram como legislação simbólica.” (MUZZI FILHO; ALMEIDA, 2019, p. 249). Ainda sobre o caso brasileiro, Marcelo Neves observa que o que tem-se é uma falta de “vigência social da norma”, à qual atribui “um grau muito acentuado de ineficácia”, pelo motivo de inexistir “orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso por parte

dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social)” (NEVES, 2007, p. 51/52, “*passim*”).

Neste contexto, cumpre destacar que em relação à função do direito no ponto de vista sistêmico, conforme traz Glauco Salomão Leite citado por Lucas Siqueira Pordeus, tal função trata-se de “[...] garantir expectativas normativas estabilizadas que viabilizem interações recíprocas entre indivíduos, diminuindo, dessa forma, a contingência”. (PORDEUS, 2016).

Nesta conjuntura, então, diante da referida falta de “vigência social da norma”, ao Supremo Tribunal Federal lhe competirá, atuar para reiterar (reafirmar/confirmar) as opções, simbolicamente, já adotadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, e não se contrapor aos dois Poderes (característica majoritária).¹⁰⁴

Diversamente do que foi afirmado por Luís Roberto Barroso, nas ações afirmativas em estudo, exemplificadamente, quanto aos direitos da entidade familiar homoafetiva ou das comunidades autóctones indígenas, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ocorreu no sentido de referendar os atos praticados pelo Legislativo ou pelo Executivo.¹⁰⁵

Dessa maneira, ao referendar os respectivos atos sobre tais direitos (nos quatro casos estudados e elencados por Barroso), buscou-se, especialmente, ferramentas capazes de garantir, efetivamente, o implemento das decisões já inclusas no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁴ Quanto ao papel do Judiciário no implemento das políticas públicas, Tássia A. Gervasoni e Tamiris Alessandra Gervasoni afirmam que “tal situação não modifica ou extingue a política pública pelo Judiciário, apenas abrange seu espectro de influência para aqueles que dela necessitam”. Dessa forma, pontuam que “considerando as políticas públicas como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais e, logo, das normas constitucionais, é necessário que seu (possível) conceito congregue a possibilidade de comunicação entre todos os poderes estatais, ou seja, que inclua o Judiciário, visto que este é também órgão que concretiza e promove tais direitos e tais normas, preterindo-se, assim, as definições que expressam apenas a atuação das esferas executivas e legislativas quanto às políticas públicas.” (GERVASONI, Tássia; GERVASONI, Tamiris, 2014, p. 206/207).

¹⁰⁵ Vale o registro de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Evaldo Ferreira Acioly Filho ao afirmarem que “a ideia contemporânea de apresentar o constitucionalismo (regra contramajoritária) e a democracia (vontade da maioria) como ideais não compatíveis representa uma visão míope dos institutos. Na verdade a constituição se realiza com perfeição no molde democrático” (LIMA; ACIOLY FILHO, 2019, p. 91).

7 CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi discutir o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e as críticas feitas a ele.

Nesse contexto, inferiu-se que uma das razões invocadas formalmente para se justificar o controle de constitucionalidade, no caso a função considerada “contramajoritária”, esta não encontra correspondência, sobretudo na proteção dos direitos das minorias.

A partir das idiosincrasias da jurisdição constitucional nos sistemas de *common law* norte-americano, de *civil law* e da evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil, analisou-se, portanto, os apontamentos críticos à jurisdição constitucional, extraídos a partir de questionamentos da atuação (contra)majoritária das cortes constitucionais.

Com referência no modelo de controle de constitucionalidade do direito norte-americano (direito comparado), pretendeu-se não apenas trazer à baila a crítica ao modelo *judicial review*, como também estudar a função considerada “contramajoritária”.

Nesse caminho, verificou-se que a legitimidade do controle jurisdicional das leis depara-se com uma dificuldade óbvia de se conjugar o princípio da separação de funções com o princípio democrático. Esta foi, portanto, a primeira objeção ao modelo *judicial review*, conhecida pela expressão “dificuldade contramajoritária”.

Seguindo esse mesmo caminho, verificou-se que no Brasil é adotado um controle de constitucionalidade complexo, portanto, um controle *sui generis*. Por esta razão, de modo a compatibilizar a segurança jurídica, a estabilidade, a independência e, especialmente a supremacia da Constituição, é que desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição da República de 1988, a influência austríaca (controle concentrado) e americana (controle difuso), se fazem presentes.

Também se identificou que houve um crescimento do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos básicos de minorias, o que retrata um aumento de ações levadas ao Judiciário dentro dessa temática.

Na linha de Jeremy Waldron e Robert Alan Dahl, apoiados em suas respectivas obras: “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*” e “Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”, buscou-se demonstrar a razão pela qual o modelo *judicial review* com base em direitos, é inadequado para sociedades um tanto quanto democráticas.

Em se tratando dos direitos das minorias, Waldron afirma que a prática do *judicial review* nada poderá fazer para apoiá-las se não houver o apoio da sociedade como um todo.

Reconhece que em algumas circunstâncias, a intervenção judicial pode até beneficiar minorias discretas e insulares. Todavia, ao protegê-las, isto não significa defender o *judicial review*, mas sim assegurar a melhor forma de reparação de direitos das minorias atingidas, até porque, a depender da prática estabelecida, esta pode facilitar, dificultar, remediar ou impedir o exercício de direitos.

Na linha de Robert Alan Dahl, ao invés de agir contra a corrente majoritária, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, que atua juntamente com os outros órgãos políticos dentro de um limbo chamado “consenso político nacional”. Segundo ainda afirma, ela não é independente dos demais atores, mas busca o cuidado e a observância do ideal democrático, onde prevaleça este ideal ainda que em decisões afetas à toda coletividade.

No estudo sobre o exercício da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) e a proteção constitucional das minorias, na tentativa de se demonstrar que, em todos os exemplos colecionados por Luís Roberto Barroso (sob o argumento de que o STF teria atuado contramajoritariamente) na proteção de alguns grupos minoritários, na verdade, tal atuação não restou comprovada.

Ainda, no estudo das ações afirmativas que envolveram a igualdade racial; os direitos da entidade familiar homoafetiva e sua “interpretação conforme”; os direitos das comunidades autóctones indígenas; e a proteção aos judeus, constatou-se que a atuação do STF não foi propriamente contramajoritária, outrossim, tal atuação buscou confirmar, ratificar, corroborar e/ou referendar normas jurídicas já produzidas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Em fechamento do capítulo, enquanto estudos de casos, foram trazidos os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, de diversas ações, também recurso, arguições, petição e *Habeas Corpus*, todos para fins de comparação com a atuação do Executivo e do Legislativo.

Dessa forma, as argumentações favoráveis à função integral e propriamente contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos destas minorias em objeto, não merecem prosperar. Isto porque a atuação do STF quando provocado a decidir, especialmente nos casos estudados, buscou-se confirmar e/ou referendar, de uma forma ou de outra, as normas jurídicas já criadas pelos demais poderes instituídos.

Foram consideradas duas hipóteses sobre a função tida como “contramajoritária” do Supremo Tribunal Federal no cenário brasileiro, sugerindo-se que em relação ao exercício dessa função, (frisa-se não propriamente contramajoritária diante dos casos elencados por Luís Roberto Barroso), há de se observar duas questões relevantes, quais sejam: a

Constituição enquanto declaração de direitos e seu tratamento não discriminatório; bem como a Legislação simbólica.

A primeira hipótese decorre do fato de que no sistema jurídico brasileiro, a proteção constitucional das minorias já se principia no texto constitucional, razão pela qual o Legislativo e o Executivo devem pautar-se no respeito aos direitos desses grupos, quando da criação de leis ou normas.

A segunda hipótese, decorrência da primeira, postula-se no sentido de que a atuação dos poderes Legislativo e Executivo dá-se no âmbito da “legislação simbólica”, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal não precisaria atuar de forma contramajoritária, mas sim na implementação e na efetuação dos direitos e garantias (simbolicamente) reconhecidos às essas minorias.

Importante o registro de que a atuação contramajoritária das cortes constitucionais não é uma regra, e sim medida excepcional. Isto porque, se fosse uma atividade rotineira, nitidamente haveria uma corrupção do sistema jurídico, considerando também que a tônica dos direitos fundamentais se apoia na proteção de minorias e na sua não-discriminação.

No transcorrer da dissertação, inferiu-se, por consectário, que a competência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de defender os direitos fundamentais de todos, o que inclui os direitos fundamentais das ditas minorias, na qual o crivo maior é a Constituição. E como tal, partindo-se do pensamento de que as normas jurídicas aprovadas pelo Legislativo (dentre as quais está a Constituição), observam o princípio majoritário (excluído os raríssimos casos), as normas jurídicas, por sua vez, não se revestem de caráter discriminatório contra as minorias, mas sim, abrangem diversos direitos, dentre os quais, o direito ao tratamento não-discriminatório.

Somado a isso, não é demais frisar que a atividade política deve abster-se de politicagens, disfunções legislativas, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico. Devem permear em quaisquer procedimentos, o respeito à opinião de milhões de pessoas, e todas elas devem ser tratadas com igualdade. Para tanto, os procedimentos legislativos ordinários são capazes de assegurar questões mais complexas, com responsabilidade e deliberação.

Apesar do alto valor atribuído às decisões dos juízes no Tribunal, que não são eleitos democraticamente, percebe-se que em algumas circunstâncias, como o próprio Jeremy Waldron as enumerou, o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma das bases do Estado Democrático de Direito e deve existir para garantir os direitos fundamentais e a própria democracia.

Por certo, o direito não é resultado de um único órgão exclusivamente, pois outros órgãos estatais também editam normas e regras, cada qual na sua esfera de atribuição, que afetam a vida de todos em sociedade.

Em relação ao Judiciário, é exatamente aí que reside o principal problema, ou seja, conciliar a interpretação do tribunal com a existência de uma política democrática. Há de se observar que há dificuldades graves com essa interpretação das atividades por parte da Suprema Corte. A chamada dificuldade em legitimar sua atuação política justifica-se na medida em que o tribunal é considerado um órgão estritamente jurídico, e como tal, diante de um caso, não efetiva juízos de cunho político.

Os processos que são encaminhados ao tribunal, além de envolverem juízo de valor sobre as visões do Legislativo, por reiteradas vezes envolvem alternativas nas quais existem graves desacordos por parte de integrantes da sociedade civil.

Entende-se, portanto, que em situações excepcionais, podem precisar se socorrer no Judiciário, o qual longe de questões morais, políticas ou religiosas em jogo, momentaneamente, deva se pronunciar.

Por derradeiro, há de se observar que o controle judicial de constitucionalidade das leis é uma das bases do Estado Democrático de Direito e deve existir para garantir os direitos fundamentais e a própria democracia.

De toda sorte, o papel da Suprema Corte como instituição formuladora de políticas públicas não é simples e, ao mesmo tempo, é parte essencial da liderança política, com alianças próprias de poder, sobretudo apoiadas na legitimidade da sua interpretação da Constituição.

Dessa forma, ao invés de agir contra a corrente majoritária, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição formuladora de políticas públicas nacionais, que atua juntamente com os outros órgãos políticos dentro do “consenso político nacional”. Portanto, não é independente nem autônomo em relação aos demais atores, mas deve-se buscar o cuidado e a observância do ideal democrático.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: do primado da lei à questão prioritária de constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro, ano 2016, vol. 96. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.11.PDF. Acesso: 01 mai. 2020.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. **Controle de Constitucionalidade nos Sistemas Norte-Americano, Austríaco e Alemão**: análise comparada e a tendência de convergência. *Direito Público (Porto Alegre)*, v. 1, p. 175-192, 2010.
- ALMEIDA, Fabrício de. **Direitos Humanos**. Apostila do Curso de Formação de Sargentos, Academia de Bombeiros Militar - CBMMG. Belo Horizonte, 2019.
- ALMEIDA, Fabrício de. O entrave ao Estado Democrático de Direito causado pelas convicções religiosas dos agentes públicos enquanto aplicadores do Direito Público. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 267-280, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5338/pdf>. Acesso: 15 jul. 2020.
- ALMEIDA, Fabrício de. **O Guardiã da Constituição**: do embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt até o papel político-institucional de guardião da constituição hoje. Belo Horizonte, 2019. No prelo.
- ANDRADE, Ivan Lima. Controle de Constitucionalidade: análise das características e comparação com as fontes doutrinárias do sistema brasileiro. **Jus Navegandi**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80133/control-de-constitucionalidade-analise-das-caracteristicas-e-comparacao-com-as-fontes-doutrinarias-do-sistema-brasileiro>. Acesso: 11 mai. 2020.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. Recife: Forense, 2014.
- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**: prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARANA, Jayme Gustavo. **Histórico do controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/historico-do-control-de-constitucionalidade-no-brasil/>. Acesso: 25 mar. 2020.
- ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima de. Os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade. Controle americano vs. controle europeu. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18833>. Acesso: 07 mar. 2020.
- ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 81-107.

ÁUSTRIA. [Constituição (1929)]. **Constituição da Áustria, de 10 de novembro de 1920**. [S.l.]: E-gov, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21383-21384-1-PB.htm>. Acesso: 16 abr. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A função contramajoritária da Constituição Brasileira de 1988 em proteger minorias: Estudo sobre ADO. n. 26. *In*: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; e MARTIN, Nuria Belloso (organizadores). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Juruá: Curitiba, 2016, p. 371-400.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. O Garantismo como mecanismo de negação do Simbolismo Constitucional ante o advento do Neoconstitucionalismo Brasileiro: Evolução histórica do Direito Fundamental à moradia e sua Constitucionalização no Estado Democrático de Direito. *In*: COELHO NETO, Ubirajara (organizador). **Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Profº Carlos Rebelo Junior**. Evocati: Aracaju, 2013, 300 p.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3. ed. – Campinas: Russel, 2010.

BARBOSA, Rui. **Discurso de posse no lugar de sócio do Instituto dos Advogados**. *In*: LACERDA, Virgínia Cortes de (seleção, organização e notas). Rui Barbosa – escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da maioria**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. São Paulo: ESDC, nº 18. jul/dez 2011, p. 39-69. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_\(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-039-Artigo_Marcelo_dos_Santos_Bastos_(Da_Inclusao_das_Minorias_e_dos_Grupos_Vulneraveis).pdf). Acesso: 02 fev. 2019.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.14.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch – The Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRANDÃO, Rodrigo. O limitado estoque de decisões contramajoritárias na jurisdição constitucional. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 420-437.

BRASIL, **Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 09 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Emenda Constitucional n. 3, de 03 de setembro de 1926**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorporada ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 15 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera dispositivos dos arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm. Acesso: 20 mar. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 65.810 de 08 dezembro 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso: 15 mar. 2020

BRASIL. **Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.990, de 09 de junho de 2014**. Dispõe sobre a Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm. Acesso: 20 mar. 2020.

BRASIL, Senado Federal. (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). **Projeto de Lei n. 191 de 2017**. Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>. Acesso: 15 jul. 2020.

BRASIL, Senado Federal. (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). **Projeto de Lei n. 672 de 2019**. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>. Acesso: 16 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso: 15 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, Distrito Federal, 8 de junho de 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 17 de agosto de 2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso: 31 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 31158/PE**: Reclamante: Sistema Integrado de Transportes e Representação Ltda. Reclamado: Juiz do Trabalho da 5ª Vara do Trabalho de Jaboatão. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl31.158MCdeciso002.pdf>. Acesso: 18 mar. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso: 24 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 477.554/MG**. Recorrente: Edson Vander de Souza. Recorrida: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, Distrito Federal, 01 de julho de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso: 30 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 597.285/RS**. Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho. Recorrida: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, 9 de maio de 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 18 de março de 2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF**. Requerente: Democratas. Requeridos: Reitor da Universidade de Brasília – UNB e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da UNB. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, 26 de abril de 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 20 de outubro de 2014.a, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres de Brito. Brasília, Distrito Federal, 5 de maio de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº n. 153/DF**. Argte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Argdo: Congresso Nacional. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, Distrito Federal, 6 de agosto de 2010. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso: 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres de Britto. Brasília, Distrito Federal, 5 de maio de 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 14 de outubro de 2011.a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 026/DF**. Constitucional. art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de Racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. interpretação conforme a Constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Requerente: Partido Popular Socialista. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, Distrito Federal, 13 de junho de 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso: 30 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Mandado de Injunção. Mandado de Injunção Coletivo, impetrado pela Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros ABGLT contra o Congresso Nacional, em que busca obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade. Postula-se na impetração, essencialmente: i) o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico – constitucional de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais; ii) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora constitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta da pessoa. O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, Distrito Federal, 13 de junho de 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso: 30 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição (PET) nº 3.388/DF**. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requeridas: União Federal e Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Relator Ministro Ayres de Britto. Brasília, Distrito Federal, 19 de março de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 1º de julho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso: 31 mar. 2019.

BUZANELLO, José Carlos. **Controle de constitucionalidade**: a Constituição como estatuto jurídico do político. Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/288/r136-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 04 abr. 2020.

CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Campo Grande, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso: 22 mar. 2020.

CANADA. **Department of Justice**, CA. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html>. Acesso: 20 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Fabris. Porto Alegre, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Repercussão geral: balanço e perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2015.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades/>. Acesso: 20 mar. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Julgados de 2017. Juspodivm, 2018.

CERQUEIRA, Vinicius Nascimento. **Contornos da fundamentação: diante de um contraditório forte e a aproximação com o sistema de precedentes no contexto de Estado Constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/4828/2459>. Acesso: 19 jul. 2020.

CHAVES, Denisson Gonçalves. O povo e as disfunções míticas da representatividade política no Brasil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, p. 53-82, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/4891/pdf>. Acesso: 18 jul. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.#_ftn1. Acesso: 02 abr. 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAHL, Robert. **Tomada de decisões em uma democracia**: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. Tradução brasileira do Grupo Primacy Translations. *In*: Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: FGV, set/dez, 2009, p. 25/43.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Cour as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279-295, 1957. p. 294-295. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>. Acesso: 25 jan. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DORNELES, Tatiana Poltosi. **O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição**. Portal âmbito jurídico, 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-de-constitucionalidade-e-a-interpretacao-conforme-a-constituicao/>. Acesso: 16 mar. 2020.

FAGUNDES, Rodrigo Otávio Gomes. **Perspectivas das cotas raciais no direito brasileiro**: análise de seus fundamentos constitucionais. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade FUMEC de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

FERNANDES, Giuliano. **O sentido da Filosofia Política**: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes. 2009. Dissertação (Mestrado em Teoria do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **O controle de constitucionalidade no direito comparado**: uma discussão sobre a legitimidade para exercer a jurisdição constitucional. Horizonte Científico (Uberlândia), v. 1, p. 1-30, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/falme/Downloads/12218-Texto%20do%20artigo-53072-1-10-20111130.pdf>. Acesso: 12 abr. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona Freitas. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 211f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

GALO, Fabrini Muniz. **Jurisdição constitucional: controle de constitucionalidade e writs constitucionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2301>. Acesso: 4 mar. 2020.

GERVASONI, Tássia Aparecida; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 393-418, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3067/1672>. Acesso: 14 jul. 2020.

GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades.** Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades/>. Acesso: 08 mai. 2020.

GOMES, Camila Clarisse Romero. **Natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise a partir do controle de constitucionalidade das leis.** Cadernos de Dereito Actual, Universidade do Porto, n. 3, 2015, p. 77-101. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/32/30>. Acesso: 10 abr. 2020.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.** Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.** Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Más Allá Del Estado Nacional,** tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Editorial Trotta, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Introdução à problemática científica do direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção.** Os constitucionalistas, Blog. 2010. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>. Acesso: 22 mar. 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate.** 2013. 300f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ, Recife.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ACIOLY FILHO, Evaldo Ferreira. Análise da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como o superego da sociedade. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 80-97, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6296/pdf>. Acesso: 18 jul. 2020.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Controle de constitucionalidade na França: Vantagens e inovações.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 103, p. 285-306, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENFELD, Michel. Law as Discourse: Bridging the Gap between Democracy and Rights apud, **Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lúmen Júris. 2004. p. 213.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MUZZI FILHO, Carlos Victor; ALMEIDA, Fabrício de. **A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias: duas hipóteses**. In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2019, Goiânia. Anais do XXVIII CONPEDI. Goiânia: UFG, 2019.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. **O relator e a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade: crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. “In”: Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico *on line*]. Organização CONPEDI/UFGM/Dom Helder Câmara; Coordenadores: Cláudia Maria Barbosa, Sérgio Henrique Zandona de Freitas, Lucas Gonçalves Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 441-464.

MUZZI FILHO, Carlos Victor; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **O controle de constitucionalidade no Brasil: dilemas históricos do supremo tribunal federal e as reformas do século XXI**. *Conpedi Law Review*, Oñati, Espanha, v 2, n. 2, p. 315-334, jan/jun, 2016.

MELO, Kleber Vinicius Bezerra Camelo de. **A teoria de interpretação constitucional de Peter Haberle: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, um método pluralista**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42152>. Acesso: 27 jan. 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: Vol. 27, nº 80, 2012, p. 89-115.

OLIVEIRA, Jadson; e GOMES, Irandavid. O constitucionalismo popular norte-americano e as bases para a construção de um estado democrático de direito. “In”: **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo: FADISP. Vol. 12, nº 1, jan./jun. 2018, p. 9-23.

OLIVEIRA, Marcelo Matos. **Controle de constitucionalidade e a ilegitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria de Jeremy**

Waldron. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade FUMEC de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. **O controle de constitucionalidade na França.** Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

PANTOJA, Othon. **O que é o common law, as diferenças e semelhanças com o civil law.** Blog da Aurum. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/common-law/>. Acesso: 14 mar. 2020.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A obra de criação do Direito pelo Juiz na interpretação das leis. Limites** (Revista da EMERJ). Rio de Janeiro. v. 5, n. 18, 2002. p. 104-105. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_104.pdf . Acesso: 15 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988,** 2004.

PORDEUS, Lucas Silveira. **A teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves.** Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 04 abr 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46325/a-teoria-da-constitucionalizacao-simbolica-de-marcelo-neves>. Acesso: 06 abr. 2020.

PRIBERAM. **Dicionário on line de língua portuguesa (DPLP).** 2018. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/templo>. Acesso: 16 nov. 2019.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **O ativismo judicial e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/4861/2482>. Acesso: 19 jul. 2020.

REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. **A Suprema Corte dos Estados Unidos entre o direito e a política: a corte suprema como instituição política fundamental.** 2016. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **As cortes supremas e a interpretação constitucional.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 215. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/1708/as-cortes-supremas-interpretacao-constitucional>. Acesso: 04 fev. 2020.

ROSENBERG, Gerald. The road taken: Robert Alan Dahl's decision – making a democracy: the Supreme Court as national policy-maker. **Emory Law Journal**, V. 50, 613-630 (2001). p.615, 616.

SALDANHA, Néilson. **O estado moderno e a separação de poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Tatiana Mareto. **O Constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil**: Uma análise da evolução do papel do poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. *Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Brasília/DF, v. 2, n. 1, p. 270 - 288, jan/jun. 2016. ISSN 2525-9601. Disponível em: <file:///C:/Users/falme/Downloads/588-1180-2-PB.pdf>. Acesso: 15 mar. 2020.

SOARES, Alessandro. **A democracia direta e a proteção dos direitos das minorias**: considerações sobre a tese da tirania da maioria. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v. 13, n. 1, p. 265-294, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29144/pdf>. Acesso: 18 fev. 2020.

SÓ HISTÓRIA. **Constituição Polaca – 1937**. Era Varas, material de apoio. Disponível em: https://www.sohistoria.com.br/ef2/eravargas/p3_2.php. Acesso: 25 mai. 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – Principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Luana Dias de. **A importância do controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro**. – Niterói, 2016. 46 f. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2496/1/Monografia%20final%20%20Luana%20Dias%20e%20Souza%20-%202011107142.pdf>. Acesso: 11 mar. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro, 2018.

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

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. N. 14 – 556. Argued April 28, 2015 – Decided June 26, 2015, p. 28. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso: 30 jan. 2020.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERSIANI, Nelmo. **A jurisdição no Common Law**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4325, 5 maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38748>. Acesso: 14 mar. 2020.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **O controle cidadão da constitucionalidade e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na pós-modernidade**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade FUMEC de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

VIEIRA, Lacyr de Aguiar. **O controle da constitucionalidade das leis**: os diferentes sistemas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 141. jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 08 mar. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena; e GLEZER, Rubens (organização). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade – Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *Judicial Review***. Tradução de VILLELA, Adauto; e CARVALHO, Geraldo de. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 93-157.