

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

SAMIRA RODRIGUES PEREIRA ALVES

**DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: O LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO
DIALÓGICO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER
LEGISLATIVO**

SÃO PAULO

2020

SAMIRA RODRIGUES PEREIRA ALVES

**DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: O LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO
DIALÓGICO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER
LEGISLATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, área de Justiça e o Paradigma da Eficiência como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

SÃO PAULO

2020

**DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: O LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO
DIALÓGICO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER
LEGISLATIVO**

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte de exigências para obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

Presidente: Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques – UNINOVE

Profa. Dra. Renata Mota Maciel – UNINOVE

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC

Alves, Samira Rodrigues Pereira.

Diálogo constitucional: o litígio estratégico como método dialógico entre o supremo tribunal federal e o poder legislativo. / Samira Rodrigues Pereira Alves. 2020.

132 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof.^a Dr.^a. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques.

Diálogos constitucionais. 2. Litígio estratégico. 3. Revisão judicial. 4. Jurisdição constitucional.

Marques, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. II.
Titulo.

CDU

Dedico esse trabalho aos meus amores Maria Clara e Paulo Henrique, com quem tenho a sorte de partilhar a vida. Aos meus pais, Vanda e Renato que me ensinaram buscar novos desafios e não temer as adversidades.

AGRADECIMENTO

Durante o mestrado a mudança de orientador provocou ansiedade, no entanto ao me tornar orientanda da Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug foi possível me dedicar ao estudo de um tema que sempre me interessou, tendo a certeza que seria guiada por uma pessoa com conhecimento ímpar sobre o constitucionalismo e ciente da complexidade que envolve o trabalho quando o Supremo Tribunal Federal é um dos objetos de estudo. Em razão disso faço meu agradecimento especial à ela que além de, generosamente, dividir seu conhecimento, foi atenciosa nas orientações dando-me liberdade para realização do trabalho e significativas contribuições teóricas, práticas e racionais nos momentos de dificuldade.

Agradeço o Professor Doutor Álvaro Andreucci pela generosidade e estímulo dispensados a mim desde a iniciação científica e no PETADI, acompanhando e auxiliando na minha trajetória acadêmica ao Mestrado.

Não posso deixar de agradecer as funcionárias do PPGD Viviani e a Camila pela dedicação e auxílio aos alunos.

Agradeço a minha maior riqueza, Maria Clara, que compreendeu quando ela quis ir ao cinema e eu disse não, ou quando não pude deitar ao lado seu lado para fazê-la dormir ou deixamos de ficar juntas simplesmente não fazendo nada, e mesmo assim ela não desistiu, vibra e se interessa pelo que eu faço.

Agradecimento especial ao meu amor, companheiro de vida, Paulo Henrique, que me incentivou a retornar à faculdade num momento que eu estava profissionalmente insatisfeita, pela compreensão nas ausências, pela parceria e apoio incondicional aos meus sonhos e projetos.

RESUMO

O debate sobre jurisdição e supremacia constitucional é atemporal. O fenômeno da judicialização da política, a omissão do Poder Legislativo diante de temas polêmicos e a violação de direitos fundamentais pedem respostas que primem pelo funcionamento das instituições e a interação entres os Poderes. Neste sentido surgem teorias para tentar solucionar esta questão. A teoria do diálogo constitucional é uma delas e busca realizar uma interlocução entre as Instituições, prima pela interação e a colaboração recíproca entre os Poderes na construção das normas e na interpretação constitucional. É a partir dessa concepção do diálogo constitucional que o litígio estratégico pode ser um meio de estimular o diálogo, uma vez que tem como cenário uma estratégia de reivindicação política e transformação social com o intuito de impulsionar novas demandas e provocar alguma mobilização do Poder Legislativo. É utilizado no Supremo Tribunal Federal para reivindicar um novo sentido às leis, como também viabilizar o diálogo entre as instituições e a sociedade. Enquanto técnica verificou-se o êxito do litígio estratégico como instrumento de promoção do diálogo entre os Poderes, pois gerou respostas do Poder Legislativo por meio da elaboração de projetos de leis. Esta pesquisa usou o método dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras chave: diálogos constitucionais, litígio estratégico, revisão judicial, jurisdição constitucional

ABSTRACT

The debate about jurisdiction and constitutional supremacy is timeless. The phenomenon of judicialization of politics, the omission of the Legislative in the face of controversial issues and the violation of fundamental rights, call for answers that excel at the functioning of institutions and interaction between the Powers. In this sense theories emerge to try to solve this question. The theory of constitutional dialogue is one of them and seeks to achieve a dialogue between the Powers, represents an interaction and objective reciprocal collaboration between institutions in the construction of norms and constitutional interpretation. It is from this conception of constitutional dialogue that strategic litigation can be a means of stimulating dialogue, since it has as its setting a strategy of political claim and social transformation in order to drive new demands, is used in the Court to claim new sense of the laws before the judiciary, as well as enabling the dialogue between the institutions and society. Through the deductive method based on bibliographical and documentary research, this work investigates the possibility of strategic litigation succeeding as an instrument for promoting dialogue between the Powers, enabling the overcoming of the decisions of the Supreme Federal Court by the Legislature through deliberations compete: presentation of projects and drafting of laws, constitutional amendments. As a technician, strategic litigation was successful as an instrument to promote dialogue between the Powers, as it generated responses from the Legislative Power through the presentation of draft laws. This research used the deductive method with bibliographic and documentary research

Keywords: constitutional dialogues, strategic litigation, judicial review, constitutional jurisdiction

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| Introdução..... | 8 |
| 1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: OS PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA..... | 10 |
| 1.1. A Jurisdição Constitucional | 10 |
| 1.1.2. Controle judicial de constitucionalidade..... | 10 |
| 1.1.3. A revisão judicial - Os Federalistas e o Caso <i>Marbury vs. Madison</i>)..... | 11 |
| 1.1.4. Hans Kelsen vs. Schmitt: O debate sobre o “Guardião da Constituição..... | 14 |
| 1.2. A Constituição de 1988: Garantia dos Direitos Fundamentais..... | 17 |
| 1.2.1. O Supremo Tribunal Federal..... | 21 |
| 1.3. A Judicialização da Política..... | 28 |
| 1.4. O Poder Legislativo na Ordem Constitucional..... | 29 |
| 1.4.1. A representatividade no Parlamento..... | 33 |
| 2. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A REVISÃO JUDICIAL E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL | 35 |
| 2.1. Jurisdição Constitucional em Ronald Dworkin | 35 |
| 2.2. Jurisdição Constitucional e Supremacia Parlamentar em Jeremy Waldron | 39 |
| 2.3. O Diálogo Constitucional – Caminho para uma jurisdição constitucional democrática..... | 43 |
| 2.3.1. Modelos de institucionalização do diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo..... | 50 |
| 3. LITÍGIO ESTRATÉGICO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO..... | 55 |
| 3.1. Clínica de Direito – Precursora do Litígio Estratégico..... | 55 |
| 3.1.2. O conceito de Litígio Estratégico..... | 57 |
| 3.1.3. Panorama do Litígio Estratégico na América..... | 61 |
| 3.1.4. O Litígio Estratégico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos..... | 62 |
| 3.1.5. Litígio Estratégico no Brasil..... | 65 |
| 3.2. Casos paradigmáticos de litigância estratégica no Supremo Tribunal Federal..... | 67 |
| 3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF (Lei de Biossegurança)..... | 68 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.2. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132/RJ (União Homoafetiva)..... | 72 |
| 3.2.3. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF (Estado de Coisas Inconstitucional)..... | 80 |
| 3.2.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26/DF (Criminalização da Homofobia)..... | 89 |
| 3.3. Propostas Legislativas e a superação do Poder Legislativo face às decisões do Supremo Tribunal Federal..... | 97 |
| Considerações finais..... | 105 |
| Referências..... | 108 |
| Anexo..... | 118 |

Introdução

O debate sobre jurisdição e supremacia constitucional é atemporal. O fenômeno da judicialização da política, a omissão do Poder Legislativo em temas polêmicos e a violação de direitos fundamentais pedem respostas que primem pelo funcionamento das instituições e interação entre os Poderes. Neste sentido surgem teorias para tentar solucionar esta questão. A teoria do diálogo constitucional é uma delas e busca realizar uma interlocução entre as Instituições.

Mais que uma proposta sobre o processo de interpretação da Constituição, o diálogo constitucional representa uma interação entre os Poderes, havendo uma colaboração recíproca entre as instituições na construção das normas e na interpretação constitucional.

É a partir dessa concepção do diálogo constitucional enquanto meio de ampliação e interlocução dos atores envolvidos no processo de constitucionalidade, que o litígio estratégico pode ser um estímulo ao diálogo, uma vez que tem como cenário uma estratégia de reivindicação política e transformação social com o intuito de impulsionar novas demandas, voltado a novos direitos, sendo utilizado por atores sociais que se articulam para reivindicar novo sentido às leis perante o judiciário, como também viabilizar o diálogo entre as instituições e a sociedade.

Este trabalho em um primeiro momento contextualiza o papel da jurisdição constitucional e da supremacia da Constituição, abordando ideias dos *The Federalist*, o caso *Madison vs. Marbury* e o debate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição por serem marcos teóricos referenciais significativos à discussão do papel do Poder Judiciário e sua relação com os demais Poderes.

Na sequência discorre sobre o Supremo Tribunal Federal e o papel desempenhado desde sua criação e sua atuação em períodos de alteração da ordem constitucional. Em seguida expõe sobre a Jurisdição Constitucional brasileira, a judicialização da política e o papel do Supremo Tribunal Federal no advento da Constituição de 1988 e faz algumas considerações sobre a representatividade e confiança no Poder Legislativo.

No terceiro capítulo são apontados os posicionamentos sobre a Supremacia Judicial a partir das ideias de Jeremy Waldron e Ronaldo Dworkin. Apresenta-se a teoria dos diálogos constitucionais a partir de sua institucionalização entre os Poderes e a Corte Constitucional no Canadá e a teoria do constitucionalismo dialógico de Roberto Gargarella.

Ainda no capítulo terceiro apresentar-se-á o conceito de Litígio Estratégico, sua origem e desenvolvimento e o panorama de sua utilização no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Busca apontar a repercussão da litigância estratégica nas decisões da Corte Interamericana sobre o Supremo Tribunal Federal por meio da abertura do diálogo jurisdicional emergindo duas vertentes dialógicas: o controle de convencionalidade, que foi um novo paradigma para a cultura jurídica somando os parâmetros constitucionais aos convencionais e o diálogo com a sociedade civil por meio das representações, audiências públicas e o *amicus curiae*.

Utilizando-se do método dedutivo com base em pesquisa bibliográfica e documental, este trabalho investiga a possibilidade do litígio estratégico ter êxito enquanto instrumento de promoção do diálogo entre os Poderes, possibilitando a superação das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Legislativo por meio das deliberações que lhe competem: apresentação de projeto de lei ou emenda constitucional.

Para alçar estas respostas foram analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle de constitucionalidade e posteriormente os projetos de lei elaborados pelo Legislativo que, possivelmente, seriam uma resposta deliberativa para superar a decisão do Corte.

Esta dissertação está inserida na Linha de Pesquisa 1: Justiça e o Paradigma da Eficiência, que estuda os conteúdos referente a Jurisdição e a atividade judicial. Neste sentido, o tema abordado adere ao proposto pela linha de pesquisa, uma vez que o Litígio Estratégico se caracteriza como ação de interesse público em virtude de se vincular a assuntos ligados a implementação de políticas públicas e reivindicar novos direitos, possibilitando o acesso à justiça e o Diálogo Constitucional surge como nova onda renovatória de atuação para a interação jurídica frente aos demais Poderes e a sociedade.

1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: OS PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.1. A Jurisdição Constitucional

O Poder Judiciário tem a função de compor conflitos de interesses em casos concretos. Isso que se chama jurisdição, é o poder tocante do Estado de fazer atuar e disciplinar a regra jurídica.

Para BRETAS no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é uma das três funções do Estado *que*:

“permite, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base o processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais”.¹

A função jurisdicional atua mediante litígio e precisa ser provocada pelos interessados, é convocada para mediar incertezas ou reparar a transgressão. A jurisdição enquanto atividade dever do Estado, também é um direito fundamental de qualquer pessoa natural ou jurídica por força expressa na Constituição.²

Para SILVA a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art.5o, XXXV) e se destinada a ampliar normas de caráter geral editadas pelo Legislativo.³

1.1.2. O controle judicial de constitucionalidade:

O desenvolvimento do constitucionalismo é marcado por duas ondas, a primeira ocorreu nos Estados Unidos, com a doutrina da *judicial review* no caso *Marbury vs Madison* (1803) e a segunda, se deu no segundo pós-guerra europeu, com a redemocratização de países como Alemanha e Itália, submetidos por algum tempo sob a égide de regimes autoritários.⁴

A partir destes dois marcos que se inicia a proposta e reivindicação política de limitar o poder do Estado mediante a Constituição para que não seja facilmente alterada pelo Poder Legislativo e buscar a garantia aos direitos fundamentais e à democracia.

¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Del Rey, 2015, p.28

² Ibid. p. 38

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2003, p.552.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs, Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017 p.6

Travam-se longos debates e estudos sobre a constituição até ser reconhecida como instrumento normativo superior e condicionante da validade de todos os atos dos poderes públicos.⁵

Na Europa e nos países da América as Constituições foram adotadas após a ruptura violenta com regimes monárquicos e autoritários. Foi na sequência dos acontecimentos que os Estados Unidos elaboram sua Constituição Federal em 1787, e França, em 1791.

No continente europeu, após o primeiro pós-guerra, se dá a progressiva adoção do parlamentarismo, uma espécie de Estado Legislativo⁶, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento, no entanto, isso não foi suficiente para defender as liberdades já que havia uma necessidade de buscar uma fórmula para proteção dos indivíduos.

A partir do Estado Constitucional de direito, que segundo Ferrajoli, é “producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinárias” a Constituição passa a valer como norma jurídica.

1.1.3. A revisão judicial - Os Federalistas e o Caso *Marbury vs. Madison*

Nos Estados Unidos, o controle judicial de constitucionalidade começou a ser pensado em 1788, a partir dos *Federalists Papers*, uma série de 85 artigos publicados no “*Independent Journal*” com a finalidade de apoiar a recém promulgada Constituição Federal, pois acreditavam que esta oferecia um ordenamento político superior ao vigente.

Entre dezenas de artigos, destacam-se o artigo 51, de autoria de Madison, o qual discute a necessária repartição de atribuições entre os poderes. Madison traz a ideia sobre o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), marcada pela célebre frase:

“Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governo. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo. Ao enquadrar um governo que deve ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: primeiro você deve permitir que o governo controle os governados; e, em seguida, obrigá-lo a se controlar.”⁷ (grifo nosso)

⁵ BRANCO, P.G.G. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**, Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5128/1/2008_PauloGustavoGonetBranco.pdf Acesso 27 de julho de 2019

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**, 2001. p. 31. Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>. Acesso 30 de julho de 2019

⁷“ If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the

Observa-se no texto a preocupação com a necessidade de limitar o poder que só poderia ser realizada pela contraposição de outro poder.

O artigo 78, publicado por Alexandre Hamilton, apresenta o argumento a favor do controle de atividade legislativa pelo Judiciário e da independência dos tribunais para preservar a supremacia da Constituição.

“A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial em uma Constituição limitada. Por uma Constituição limitada, eu entendo uma que contém certas exceções especificadas para a autoridade legislativa. (...) Limitações deste tipo podem ser preservadas na prática de nenhuma outra forma senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever deve ser declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto da Constituição. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares seriam nada.”⁸
(tradução livre)

Os Federalistas discutiram conceitos importantes dentro do sistema constitucional, como o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), a separação de poderes,⁹ o pluralismo e a representação popular. Até hoje são reflexões que provocam debate, ainda não esgotado, e influenciam a interpretação do direito constitucional americano.¹⁰

Há outro importante antecedente para discutir o controle de constitucionalidade americano, o célebre caso *Marbury vs. Madison* redigido em 1803. A decisão proferida nesse caso estabeleceu os marcos teóricos sobre o *judicial review*.

Para compreender essa decisão retoma-se o debate travado entre antifederalistas e federalistas. Um antifederalista, sob o pseudônimo de Brutus, apresentou argumentos contra a invalidação dos atos parlamentares pelos juízes, alegando que a Constituição não previa nenhum mecanismo de controle e que o controle de constitucionalidade das leis dilatava os

next place oblige it to control itself. (tradução nossa).” N.51. The structure of the Government Must Furnish the Proper checks and balances between the different departments, *in* The Federalist Papers. Disponível em: <https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/>, Acesso 24 de julho de 2019.

⁸ “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority;(…) Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.”. No.78: The Judiciary Department *in* The Federalist Papers. Disponível em: <https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/>, Acesso 24 de julho de 2019.

⁹ Cf. Artigo no 47: The particular Structure of the new government and the distribution of power among its different parts. nível em: <https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/>, Acesso 24 de julho de 2019.

¹⁰ As disposições dos documentos dos Federalistas enfatizam a originalidade de sua republicação e pode tentar curar as doenças das repúblicas antigas e proteger a liberdade por meio dos mecanismos estruturais de freios e contrapesos. (tradução nossa). Ver em: GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. 49 American Journal of Comparative Law. 2001. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=302401> . p. 711. Acesso 30 de agosto de 2019

poderes dos juízes. Em face do argumento de que o controle constitucional daria ao Judiciário uma posição de preeminência dos demais Poderes, Hamilton afirmou que não haveria de se falar em supremacia judicial mas em supremacia da Constituição, ou seja prevalecer a vontade constituinte do povo, contida na Carta, em face da vontade de seus representantes.¹¹

O caso *Marbury vs. Madison* era referente a não nomeação de Willian Marbury ao cargo de juiz após ser nomeado John Adams. O processo de nomeação foi atropelado por questões políticas, tendo as nomeações ocorridas às pressas antes da posse do novo governo, no entanto, Marbury não foi diplomado em razão do não reconhecimento das nomeações pelo novo presidente. Impossibilitado de exercer o cargo de juiz sem a diplomação Marbury aciona a Suprema Corte para reconhecer a sua nomeação, no entanto quem presidia o Tribunal e foi relator do caso era Jonh Marshal, indicado a Suprema Corte pelo ex-presidente Jonh Adams.

A tese desenvolvida por Marshal segue o raciocínio de Hamilton, no artigo 78 dos federalistas, pois se encontram afirmados na limitação dos poderes e na supremacia constitucional, na prerrogativa dos juízes de interpretar as leis de acordo com a Constituição¹²e o poder da revisão judicial, ou seja, o Poder Judiciário poder rever os atos contrários a Carta Maior.

Os Estados Unidos criaram um sistema de governo limitando a atuação do Poder do Legislativo e capacita os tribunais a impor esses limites.¹³ Atualmente há vários autores americanos que problematizam sobre a legitimidade do Judiciário e a possibilidade de seu papel político afetar o equilíbrio entre os poderes.

Entre eles se encontram Jeremy Waldron e Cass Sustein. O primeiro tem sua crítica contra a preponderância do Judiciário enquanto guardião da revisão judicial e a ilegitimidade do controle de constitucionalidade, que privilegia uma maioria votante entre um número de ministros não eleitos.¹⁴ Já Sustein, com a sua teoria minimalista, sustenta que as decisões judiciais não devem adentrar em questões constitucionalistas de alta complexidade ou se

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs. Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição, *Lumen Juris*, 2017, p. 38-39

¹² SANTIAGO, Marcus. **Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade**. in *Passagens*. Revista Internacional de História, Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, vol. 7, no.2, maio-agosto, 2015, p. 289. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/40/41>. Acesso 25 de julho de 2019

¹³ GARDBAUM, *Op.cit.*, p. 711

¹⁴ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *The Yale Law Journal*, p. 1346-1406, 2006. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>. Acesso 25 de julho de 2019

posicionar em questões morais, uma vez que estas devem ser solucionadas por instâncias deliberativas.¹⁵

1.1.4. Hans Kelsen vs. Schmitt: O debate sobre o “Guardião da Constituição”

Na Europa, os debates sobre Jurisdição Constitucional se deram a partir de 1925, na República de Weimar que é o período da história alemã que se segue a queda da monarquia e à proclamação da República. Foi uma república democrática liberal que surgiu no pós guerra com o objetivo de reorganizar a estrutura política e econômica da Alemanha, no entanto a partir de 1924 a crise econômica oscilou e trouxe a insatisfação popular e a falta de credibilidade das lideranças políticas, provocando crise no parlamento que se mostrava incapaz de dar respostas céleres para os problemas que afetavam o país, perdendo espaço para o Executivo no exercício da função estatal.

O Executivo teve seu papel fortalecido quando o Presidente da República geriu a crise de desvalorização da moeda expediu de decretos emergenciais para solucionar o problema. A partir destes decretos o Tribunal reconheceu a validade das normas e afirmou, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade das leis federais.¹⁶

Foi neste contexto sociopolítico entre mudanças de regimes e sistemas de governo, crises econômicas e de legitimidade na República de Weimar que SCHMIT E KELSEN desenvolvem um dos debates mais significativos do direito.

Um debate que contrapôs duas concepções de Estado: de um lado KELSEN com a ideia da democracia constitucional resguardada por um Tribunal Constitucional, e do outro Carl Schmitt e a ideia de Estado Total, no qual o Presidente do Reich é o Guardião da Constituição.

Em suma, estavam em debate os limites e as fronteiras do direito enquanto técnica e por outro lado, a compreensão do poder e da política como antessala do direito posto. Schmitt manteve a perspectiva de que o perfil do guardião da Constituição melhor se encontrava à parte do mundo legal, residindo em uma zona limítrofe, cinzenta e sinuosa, localizada entre a política (fenômeno pré-jurídico) e o direito propriamente dito (direito posto).

Para SCHMITT:

“As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte, situado acima das

¹⁵ SUSTEIN, Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism**. The Law Scholl The University of Chicago. September 2008. p. 25. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/files/files/LE432.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2019

¹⁶ Ibid., p. 65

opiniões divergentes,(...) por intermédio de um terceiro superior, mas isso não seria , então o guardião da constituição, e, sim, os senhor soberano do Estado.”¹⁷

Assim, o “Guardião da Constituição”, ou seja a autoridade responsável para resolver as divergências na interpretação da Constituição, deveria ser do Presidente da República, para isso, SCHMITT empresta de Benjamim Constant o conceito de poder moderador para atribuir ao Presidente a condição de um monarca republicanizado, pois tal como na monarquia, o poder exercido é neutro, intermediário e regulados face aos grupos políticos.¹⁸

Enquanto SCHMITT utiliza da abordagem do Direito Público que enfatizava os aspectos políticos e históricos, KELSEN buscava excluir o raciocínio político dirigido à formação do direito, enfatizando critérios objetivos e exatos para o conhecimento do sistema jurídico.¹⁹

KELSEN compreende a Jurisdição Constitucional como a garantia jurisdicional que assegura o exercício das funções estatais. Para ele o exercício do controle de constitucionalidade deveria ser confiado a um Tribunal Constitucional.²⁰

Vislumbrava que no exercício da jurisdição constitucional há possibilidade de proteger as minorias visto que, mesmo que a reforma constitucional dependa de maioria qualificada, certas questões fundamentais só podem ser solucionadas após acordadas com a minoria.²¹

“Toda minoria, de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem um interesse eminente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria”²²

No debate estabelecido por SCHIMITT e KELSEN percebe-se que as suas contribuições são atuais e se complementam. SCHIMITT identifica no parlamento o jogo de interesses e a troca de apoio, KELSEN também percebe as distorções da vida parlamentar

¹⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Del Rey, 2007, p. 192

¹⁸ Ibid., p. 194-195

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, 2003 (prefácio à primeira edição, p. XI)

²⁰ Idem. **A Jurisdição Constitucional**, Martins Fontes, 2003, p. 123-124.

²¹ Ibid., p. 181.

²² Ibid., p. 182

quando sugeriu mudanças no sentido de extinguir a imunidade parlamentar, a ampliação do plebiscito e o estímulo para apresentação de projetos de iniciativa popular.

No aspecto do Poder Executivo, o passado revela o autoritarismo promovido por vários governos, e nesta perspectiva, as críticas de KELSEN são contundentes quando se opõe ao Presidente do Reich como guardião da Constituição pois não há garantias de sua neutralidade.

O Poder Judiciário também recebe críticas pertinentes de SCHMITT quando promove decisões que não se respaldam no texto constitucional e desempenham atividade jurídico política via judicialização da política ou do ativismo judicial.

O debate entre KELSEN e SCHMITT sobre o "Guardião da Constituição" transcende seu tempo. As discussões sobre a supremacia do judiciário sobre os demais poderes já se encontram nos seus escritos que podem ser retomados para repensar o papel do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade e o equilíbrio entre razões políticas e as jurídicas

Em alguns países a percepção desse problema já inspirou respostas para que as Cortes limitem seus poderes, principalmente quando invalidar normas estabelecidas pelo Poder Legislativo no controle concentrado. No Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido essa limitação se chama modelo fraco de controle de constitucionalidade.²³

E se as alternativas entre os detentores de funções estatais expressivas, como Legislativo, Executivo e Judiciário não forem suficientes há defensores de uma Corte Constitucional como espaço público.

CAPPELLETTI profere que a direta exposição do Tribunal ao público e o controle por parte da coletividade podem, indiretamente, torná-lo mais responsáveis perante a comunidade na forma como decide.²⁴

Em outro contexto de Jurisdição Constitucional, a teoria de HÄBERLE, implica a abertura da Constituição à participação dos interessados, pois todo aquele que vive a Constituição é considerado seu intérprete, concluindo que todos podem figurar como intérpretes da constituição.²⁵

A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A

²³ FURLAN, Fabiano F. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Jan/mar. 2003, p. 23. Disponível em: <http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/view/291/144>. Acesso 27 de julho de 2019

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**, Porto Alegre, 1999

²⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. in Revista de Direito Público N° 60, p. 27 – Nov-Dez/2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso 28 de julho de 2019

conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.²⁶

A garantia de participação popular no controle de constitucionalidade pode trazer legitimidade às decisões. Hoje, nas ações de litígios estratégicos, encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal, a figura do *amicus curie*, nas ações diretas de inconstitucionalidade é um exemplo dessa participação.

A teoria de HÄBERLE retrata a conjuntura do Estado Democrático de Direito atualmente, e nela podemos incluir o agir estratégico dos grupos de interesses que recorrem ao Supremo para a defesa dos direitos fundamentais.

1.2. A Constituição de 1998: Garantia dos Direitos Fundamentais

Em 1987 a Assembléia Constituinte se reuniu para elaborar a nova Constituição. O momento era de transição entre o regime militar e democracia, em razão disso havia um anseio na elaboração de uma carta que fixasse direitos dos cidadãos e reorganizasse as instituições do país. Com isso o texto constitucional refletiu participação dos diferentes grupos da sociedade, fixando o máximo de regras no texto constitucional para maior garantia de seu cumprimento.²⁷

A Constituição de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização do país, fundamentando os princípios de um Estado Democrático de Direito, avançando na consolidação da separação dos poderes, da democracia e dos direitos fundamentais, sendo mais que um documento legal. Em razão do momento histórico (transição do regime militar para o democrático) tem um significado simbólico que refletiu o caminho que a sociedade gostaria de chegar.²⁸

Nas palavras de PIOVESAN:

“A carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos, jamais adotado no Brasil.”²⁹

²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997, p. 24

²⁷ FAUSTO, Bóris. **História Concisa do Brasil.** São Paulo: EDUSP, 2012 p. 289

²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 148.

²⁹ PIOVESAN Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013 p. 86

No preâmbulo a Carta projeta a construção de um Estado Democrático de Direito assegurando “o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores de uma sociedade fraterna”(…). Destacando a ideia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e deixando claro que os direitos fundamentais são elementos importantes dos princípios democráticos.

Diversos direitos que até então não estavam presentes nas constituições passadas foram expressos na atual. A centralidade e a consubstancialidade da dignidade humana na estrutura do Estado estão proclamadas nos primeiros artigos constitucionais, além de atenciosa com os direitos sociais.³⁰ Na estruturação do poder e dos limites diante da soberania popular os direitos fundamentais são a espinha dorsal da Constituição, tornando-a um projeto de resgate da democracia, afirmação de liberdade e igualdade e transformação social.

O equilíbrio da separação dos poderes e a extensão das garantias e direitos individuais são pontos comuns em diferentes autores, no entanto, entre os constitucionalistas não há unanimidade positiva a respeito do texto positivado e de sua aplicabilidade.

STRECK considera o texto jurídico-político mais avançado produzido no Brasil e inspirado nas Constituições do segundo pós-guerra que se filia num constitucionalismo compromissário e social que foi significativo nos países em que foi implantado.³¹

Nas palavras de BARROSO há dois propósitos principais na Constituição: organizar e limitar o exercício do poder político, atento para assegurar o governo da maioria, atenção as minorias e a organização das regras do jogo democrático e definição dos direitos fundamentais, cabendo a Suprema Corte assegurá-los.³²

MARTINS³³ considera que uma análise mais profunda do texto constitucional demonstrará uma lei com pontos claros e obscuros, com princípios constitucionais relevantes, porém regras e normas sem densidade constitucional e disposições de aplicações imediatas com difícil implantação, diz ainda que as tentativas de correção da Lei Maior “a transformaram numa colcha de retalhos com meros remendos constitucionais”³⁴ fazendo a Constituição perder sua integralidade, dificultando sua interpretação nos tribunais.

³⁰ TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2019 documento eletrônico/não paginado. Disponível em <https://ava.uninove.br/seu/AVA/biblioteca/biblioteca.php>. Acesso 20 de jul. de 2019

³¹ STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Ed. Forense, 2004, p. 452.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Trinta anos da Constituição: A República que ainda não foi**. In 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo pg. 38

³³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **30 anos da Constituição e o protagonismo da Suprema Corte**, In 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, p. 16.

³⁴ Ibid., p.17

BARROSO considera inegável o caráter democrático da Carta, com significativa participação popular, mas que paradoxalmente, essa ampla participação de interesses múltiplos e legítimos de trabalhadores e categorias econômicas “cumulado com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais” levou a um texto final mais do que analítico, mas casuístico, prolixo e corporativo.³⁵

Para BONAVIDES a Constituição não se reduz a um caráter apenas jurídico, valia seu caráter político também, uma vez que a Carta abrange uma variedade de poderes sociais, de natureza econômica e cultural que determinam as relações reais, não podendo ser limitada apenas as normas. Sopesa que Constituição de 1988 tem sua essência no Estado Social, não se submetendo aos valores do individualismo dando relevância aos direitos sociais básicos, no entanto “as promessas constitucionais são fórmulas vagas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora”.³⁶

Como atenta PIOVESAN, “o texto constitucional alarga a dimensão dos direitos e garantias, incluindo os direitos sociais(...). Sendo a primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais” já que nas anteriores se encontravam dispersos “no âmbito da ordem econômica e social”³⁷. O desafio está em garantir e efetivar estes direitos que por sua vez poderão não ser cumpridos em razão das condições precárias dos recursos estatais o que levará a uma crise.³⁸

As críticas ao texto constitucional são referentes a sua consubstancialidade e no excesso de detalhes que pode ser atribuído a forma como foi construído, na euforia do momento de transição entre regime militar e democracia, procurou-se garantir o máximo de direitos. Destas circunstâncias, após trinta anos de sua promulgação, observa-se que uma constitucionalização excessiva causou dificuldades no exercício do poder político e na garantia dos direitos, e deu um papel exponencial ao Poder Judiciário, fazendo com que este tivesse participação decisiva em diversos acontecimentos.

Estas observações remetem ao que CAPPELLETTI apontou sobre a sociedade do Bem Estar (*welfare state*) que provocou uma mudança radical no papel do Direito e do Estado na sociedade moderna, na medida que as atividades legislativas foram intensificadas nas áreas da

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.505

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros 2008, p. 382

³⁷ PIOVESAN Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 96

³⁸ BONAVIDES, *Op.cit.*, p. 373.

política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social se estendendo a esfera econômica e outras áreas, o papel de controle do Estado também aumentou no que se refere ao controle das políticas.³⁹ Mais direitos exigem execução e intervenção permanente do Estado e evidentemente isto também implica imposições aos juízes, que acabam assumindo o caráter de preceptivo ou o “*self-executing*” das leis ou direitos.⁴⁰

A partir da Constituição de 1988, o Estado se afirma sob a perspectiva dos direitos e não o contrário. Explica VERÍSSIMO:

“Esse plano de ação social foi incorporado ao discurso constitucional por meio do léxico da dogmática jurídica, com seus substantivos, adjetivos e verbos bastante próprios. Assim, a proposta de construção de uma democracia social foi configurada no documento constitucional de baixo do jargão dos direitos (...). Essa característica marcante da Constituição de 1988 (que não constitui, vale dizer, fenômeno exclusivamente nacional), produziu importantes modificações no discurso da dogmática constitucional, que incorporou à adjudicação constitucional, com isso, novos e importantes problemas, aos quais estão relacionados os temas candentes da exigibilidade dos direitos sociais, da eficácia normativa das normas ditas programáticas, dos limites do controle de constitucionalidade e outros semelhantes, crescentemente lançados na pauta dos debates constitucionais a partir da promulgação do texto atualmente”⁴¹

A perspectiva dos direitos na Carta Magna, foi resultado da incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, batizados como direitos fundamentais,⁴² positivados na Lei Maior, assegurando uma reserva mínima de justiça a ser alcançada por todas as pessoas⁴³. Promoveu uma aproximação com a legislação internacional de direitos humanos e provocou o diálogo com os sistemas nacionais, por meio do controle de convencionalidade e a participação da sociedade civil, amplificando a atuação do Corte.

No que tange o papel do Supremo Tribunal Federal pós 1988, a ampliação dos rol dos direitos fundamentais levou-o ao protagonismo e destacou uma rica jurisprudência, entre os temas, entre eles, o que é o centro normativo e axiológico do sistema constitucional de direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana, conduzindo o Supremo a desempenhar um papel ativo em muitos assuntos ainda omissos pelo Poder legislativo.

³⁹ CAPPELLETTI, *Op.cit.* p. 35

⁴⁰ Id. p.41

⁴¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**. Revista de Direito GV, São Paulo, 2008. p. 408

⁴² “Os direitos fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que [o ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...] Trata[-se] de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Silva, José Afonso da, in **Direito Constitucional Positivo**, 2003, p. 178

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015 p.38

Em razão do princípio da dignidade humana e em alguns casos de omissão legislativa a Corte reconheceu a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionária (ADI nº 3510/DF)⁴⁴, assegurou o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADPF nº 132/RJ)⁴⁵, considerou que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não é crime (ADPF nº 54/DF)⁴⁶, decidiu pela constitucionalidade das políticas de reserva de cotas étnicos-raciais para o ingresso no ensino superior (ADI nº 3330/DF)⁴⁷, observou a questão do sistema carcerário reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF nº 347/DF)⁴⁸ e mais recentemente decidiu pela criminalização da homofobia (ADO nº 26/DF)⁴⁹.

Em síntese, com exceção da ADPF nº 54/DF e a ADI nº 3330/DF, os demais casos serão analisados no capítulo três desta dissertação. As ações promoverem o debate na sociedade, despertaram críticas ao Tribunal que consideram como uma invasão a competência dos demais Poderes, por, supostamente, substituir o papel de legislador, infringindo a “tríplice função montesquiana de respeito entre os três Poderes.”⁵⁰

O artigo 103 da Constituição Federal ampliou os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Essa ampliação é apontada como uma das causas, entre outras, da judicialização da política, pois o controle ganhou relevância, ampliando a capacidade de apresentar ações diretas de inconstitucionalidade. O papel protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal é consequência de um desenho institucional do controle de constitucionalidade no Brasil definido na Constituição de 1988.

1.2.1. O Supremo Tribunal Federal

Desde sua criação, em 1890, o Supremo Tribunal Federal, passou por diferentes ciclos, em muitos deles seu papel foi apenas de restringir e ratificar decisões de outros órgãos e em outras teve uma atuação em questões políticas. Até 1988, em tese, não há de se falar em supremacia judicial no Brasil.⁵¹ A partir de uma contextualização histórica do Supremo, neste capítulo, é possível observar que as condições para expansão do judiciário foram construídas gradualmente.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento 29/05/08

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento 05/05/11

⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento 12/04/2012

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto. Julgamento 30/05/12

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento 09/09/15

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Melo. Julgamento 13/06/19

⁵⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **30 anos da Constituição e o protagonismo da Suprema Corte**, In 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, 2018, p. 18

⁵¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs. Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017, p. 111.

Enquanto Supremo Tribunal de Justiça, instituído em 1829, tinha competência limitada restringido ao conhecimento de recursos de revista e competência para julgar conflitos de jurisdição e ações penais contra funcionários de alguns cargos públicos⁵². A Constituição de 1824 delegava, ao Imperador, o Poder Moderador,⁵³ no entanto a supremacia da lei era preconizada, não admitindo que leis inconstitucionais fossem assim consideradas, nem mesmo pelo Judiciário.⁵⁴

Com a proclamação da República, foi referendada a primeira Constituição Republicana, em 1891, influenciada pela doutrina americana, “atribui ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da constituição e da ordem federativa⁵⁵.

Segundo PAIXÃO⁵⁶, neste período, o Supremo Tribunal tinha atribuições típicas de uma corte constitucional como a guarda dos direitos fundamentais⁵⁷, a fiscalização das instituições democráticas e o papel de árbitro nos conflitos entre órgãos de soberania e nas relações decorrentes do sistema federativo. No entanto STRECK faz uma ressalva, a Constituição de 1891 não outorgou *judicial control* pleno, e sim, apenas um *judicial control* restrito à apreciação de inconstitucionalidade de leis estaduais.⁵⁸

A partir de 1930, se estabelece no país um Estado mais centralizador e autoritário por determinação do Decreto nº 19.398/1930⁵⁹ o governo passa a concentrar as funções executivas e legislativa até ser formada a Assembléia Constituinte.

O Supremo Tribunal Federal sofreu graves ataques institucionais nesse período. Após alguns meses de governo a Corte tem seu número de Ministros reduzidos e estabelecem-se regras para abreviar os seus julgamentos, além de aposentadorias compulsórias de alguns.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, Saraiva, 2007, p. 25.

⁵³ Art. 98: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

⁵⁴ BRANDÃO, *Op.cit.*, p.115

⁵⁵ MENDES, *Op.cit.*, p.25

⁵⁶ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política no Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado, 2007, p. 185. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso: 20 de julho de 2019

⁵⁷ Apesar de incipientes, conforme Brandão, a proteção das liberdades individuais garantiu ao período uma posição de destaque na história do Tribunal. Ver Brandão, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs. Diálogos Constitucionais**, 2018, p. 128.

⁵⁸ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Ed. Forense, 2004, p. 427.

⁵⁹ “Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país. O mesmo ato dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias legislativas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 20 de julho de 2019

Neste período foi promulgada a Constituição de 1934, sob ponto de vista formal, baseada na Constituição de Weimar e na Constituição Espanhola de 1931, outra novidade foi atribuir o controle difuso de constitucionalidade atribuído ao Senado.⁶⁰

Segundo STRECK apesar de se basear em Constituições com viés social, a Constituição de 1934 não conseguiu acompanhar o componente social, em razão da falta de um controle concentrado de constitucionalidade.⁶¹

Conforme BRANDÃO instituiu-se um Estado centrado na figura do Presidente da República e em meio a mudanças no controle de constitucionalidade permitiu que ele submetesse as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal ao Congresso Nacional, em vista ao bem estar do povo e ao interesse nacional.⁶² O que seria uma atividade atribuída ao parlamento, foi exercida pelo presidente em razão da dissolução do Congresso.⁶³

Em 1946, a ordem constitucional entra em novo ciclo, sem mudanças significativas. Se afastou do autoritarismo da Carta de 1937, acolheu o instituto como separação de poderes e multipartidarismo⁶⁴, positivou o amplo rol de direitos fundamentais e diminuiu a participação do papel do Presidente no processo legislativo.

Conforme MENDES, em caso de ofensa a um princípio sensível⁶⁵ poderia ser decretada intervenção desde que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da medida.⁶⁶

O movimento militar, em 1964, rompe a ordem constitucional e por meio de atos institucionais foi determinada a preservação da Constituição de 1946 sofrendo várias alterações entre 1964 e 1965, como a previsão de eleição indireta para presidente, abolição de partidos existentes e o aumento do número de Ministros de onze para dezesseis.

Por meio do Ato Institucional n. 01, foram restringidas a estabilidade e a vitaliciedade dos magistrados, facilitado o processo de emenda constitucional, ampliação dos poderes

⁶⁰ Ibid. p. 431

⁶¹ Ibid. p. 432

⁶² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs. Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017, p. 130

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, Saraiva, 2007, p. 35

⁶⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **A trajetória constitucional Brasileira**. In: **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

. 2010. Documento eletrônico. Disponível em:

https://www.academia.edu/18517817/Cláudio_P._S._Neto_e_Daniel_Sarmento_-_Direito_constitucional-teoria_história_e_métodos_de_trabalho_PDF. Acesso 20 de julho de 2019

⁶⁵ Constituição de 1946: art. 7º, VII: 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 g) garantias do Poder Judiciário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso 21 de julho de 2019.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, Saraiva, 2007 p. 38

legislativos do Presidente que estava autorizado a suspender direitos políticos de cidadãos e a cassar mandatos legislativos, excluindo estes atos do controle judicial.⁶⁷

Após a chegada dos militares ao poder, deu-se início à resistência jurídica dos atingidos pelas medidas do regime⁶⁸. Em um momento de animosidade entre o Supremo Tribunal Federal e o governo, foi editado o Ato Institucional nº 02, o qual aumentou o número de Ministros, suspendeu as garantias da estabilidade e vitaliciedade por seis meses⁶⁹.

Nesse período foi introduzido no ordenamento jurídico o controle abstrato de constitucionalidade, mas nas palavras de BRANDÃO:

“Apesar de o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro ter se fortalecido com a EC n. 16/1965, daí não se pode inferir que tenha havido uma expansão do Judiciário, o que comprova, mais uma vez, que os principais fatores de propulsão desse fenômeno são políticos. Com efeito, em um regime de exceção com hipertrofia do Executivo e sem alternância democrática, não havia condições para o Judiciário decidir com independência e expandir seu papel político.”⁷⁰

Esse período foi marcado pela resistência do Supremo contra algumas decisões do governo, findando com a edição do AI-5 em dezembro de 1968, que esvaziou a competência do Tribunal.

Novas Constituições foram outorgadas, em 1967 e 1969. A primeira durou apenas dois anos, quanto ao Poder Judiciário, não houve mudanças significativas, as garantias da Magistratura foram preservadas, porém foram conservadas as cláusulas que excluía da apreciação judicial os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução” e a sistemática do controle de constitucionalidade, foi mantida, em razão da Emenda n. 16/65.⁷¹

A Constituição de 1969 também não apresentou alterações significativas, no entanto ocorreram algumas, referentes ao funcionamento dos poderes, como a ampliação do mandato do Presidente, aumento da incidência do decreto-lei, estabelecendo que mesmo sua rejeição pelo Congresso não importava em nulidade dos atos praticados durante sua vigência. No âmbito Legislativo, houve redução do número de deputados federais e quanto ao Judiciário, a Carta fixou em onze o número de Ministros do Supremo.

⁶⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs, Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017, p. 141

⁶⁸ MENDES, *Op.cit.* p. 39

⁶⁹ O Supremo Tribunal Federal deferiu ordens de Habeas Corpus em favor de governador preso pelo Governo Militar e assegurando o direito de exercer seu cargo político. Essas decisões macularam o Supremo Tribunal Federal. MENDES, *Op.cit.* p.39.

⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs. Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017, p. 144-145

⁷¹ NETO, Claudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **A trajetória constitucional Brasileira**. In: **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte. Fórum, 2012. Documento eletrônico. Disponível em: https://www.academia.edu/18517817/Cláudio_P._S._Neto_e_Daniel_Sarmento_-_Direito_constitucional-teoria_história_e_métodos_de_trabalho_PDF. Acesso 20 de julho de 2019

Chegando a 1988, após um processo de mobilização popular e resultante de um processo deliberativo qualificativamente superior aos anteriores, promulga-se a Constituição Federal, símbolo da transição entre um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Para MEYER-PFLUG os novos princípios conferiram a nova Constituição unidade e harmonia possibilitando um maior desenvolvimento da interpretação constitucional, sendo que:

“Ao se proclamar um Estado Democrático de Direito aliado a normatização de diversos princípios propiciou a Constituição de 1988 uma ampliação e democratização dos intérpretes constitucionais, ou seja, daqueles que devem interpretar o conteúdo e o sentido de suas normas.”⁷²

Com um amplo rol de direitos fundamentais e direitos sociais, tudo que fora reivindicado pela sociedade foi positivado na Carta de 1988. A partir dela, contornou-se nova área para a prestação jurisdicional. Os magistrados assumiram a tarefa de prezar pela supremacia constitucional, proteger e assegurar a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo ARAGÃO a Constituição de 1988 outorgou maior poder ao Chefe do Executivo, poderes como interferência na política de distribuição de recursos e predominância na determinação da pauta legislativa, porém esse poder pode ter contribuído para um ambiente apto a atribuir os órgãos judiciais uma espécie de competência de controle, transformando-os em espaços de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de instância deliberativa.⁷³

Para BARROSO a partir da Constituição de 1988 a cidadania se revitalizou e conscientizou as pessoas sobre seus direitos, assim como seu texto criou novos direitos e ações, como a ampliação de legitimação extraordinária e de tutela coletiva⁷⁴ e a competência originária do Supremo Tribunal Federal em “relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador”.⁷⁵

Pelo exposto acima, observa-se que em razão dos períodos autoritários (1930, 1945, 1964 a 1988), não pode-se dizer que houve supremacia judicial pois a hipertrofia do Executivo provocou uma hierarquização com a figura centralizada no Presidente da República, inviabilizando um controle de constitucionalidade independente. Em alguns momentos o Poder Judiciário não conseguiu exercer seu papel com independência e quando tentou foi alvo de

⁷² ⁷² MEYER-PFLUG Samantha. **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2019. Documento eletrônico/não paginado

⁶⁹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional.** Edições Câmara, 2013 p.86

⁷⁴ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** Saraiva, 2015 p. 512

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional,** Saraiva, p. 40

reações políticas diversas, desde descumprimento da decisão judicial até aos ataques institucionais à Corte. Em diversos momentos, a Constituição foi apenas um instrumento de organização do Estado, sequer a Supremacia da Constituição se mostrou presente, na medida que os governos exerciam poderes praticamente ilimitados.⁷⁶

É a partir da Constituição de 1988 que a discussão sobre o acesso do cidadão à jurisdição constitucional e a atuação do Poder Judiciário se torna uma tarefa fundamental, afinal no Estado Democrático de Direito, a Constituição tem papel de destaque, devendo ser intervencionista frente a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo para concretização dos direitos fundamentais.

São pelas ações de controle de constitucionalidade e por meio dos remédios constitucionais como o Habeas Corpus, que se encontra espaço no Judiciário na tentativa de efetivar e proteger os direitos, visto que a Jurisdição Constitucional é a via de controle da sociedade sobre a classe política e possibilidade de preservação dos abusos e omissões do governo. A necessidade de se proteger os direitos fundamentais contra excessos das maiorias legislativas faz com que a jurisdição constitucional exerça um papel contramajoritário.⁷⁷

O Estado Democrático de Direito aproximou o direito da política, quando a obrigatoriedade do governo de agir diante de determinada política foi traçada na Constituição. Os direitos fundamentais e o respeito à Constituição são um enquadramento jurídico dos sistemas políticos, sendo significativo que grandes discussões referente aos direitos fundamentais, como o racismo, o aborto, união homoafetiva ou a questão das mulheres encarceradas seja levados a Suprema Corte.

Constata-se que o Supremo Tribunal tem se manifestado sobre questões relevantes no meio sócio-político e econômico, provocando a ampliação do debate envolvendo diferentes atores, além dos já legitimados pela Constituição, seja por *amicus curie* ou audiência pública, possibilitando a interlocução entre a sociedade civil e o Supremo Tribunal Federal.⁷⁸

⁷⁶ BRANDÃO, *Op.cit.* p.145-146

⁷⁷ PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial** : entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Lumen Juris, 2018. P.05. Acesso 30 de jul. de 2019

⁷⁸ Comenta PFLUG-MEYER: “Com o impacto das decisões na sociedade se faz imprescindível a participação da sociedade como intérpretes da Constituição no processo decisório, e essa participação foi possível por meio da Lei 9.869/99 e lei 9.882/99 que regulamentam respectivamente a da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ambas prevêm expressamente a figura do *amicus curiae* que consiste na possibilidade do relator do processo, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Desta maneira regulamentou-se a participação da sociedade como intérprete da Constituição no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.” Ver em: **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2019. Documento eletrônico/não paginado

Previstos na Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99 para o exercício do controle de constitucionalidade, enquanto instrumentos de participação social, ambos os institutos suscitam debate sobre potenciais mecanismos de ampliação de legitimidade da atuação da corte, promovendo uma característica mais participativa no processo.

A habilitação de *amicus curiae* evidencia um mecanismo participativo de inspiração democrática, cada vez mais usado principalmente no litígio estratégico de organizações de defesa de direitos,⁷⁹ isto demonstra que se antes era um recurso para ajudar com neutralidade o órgão jurisdicional cedendo informações e dados relacionados a questão jurídica, hoje é um mecanismo mais interveniente inclinado a se pronunciar mais favorável a posição que defende, mas sem dúvida é um instituto que possibilita a participação dos grupos sociais que são abrangidos pela expansão dos efeitos jurídicos da decisão judicial.⁸⁰

Outra forma de participação social são as audiências públicas, já utilizadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo se tornaram prática também no Poder Judiciário. São feitas por convocação do presidente da Corte ou relator do processo. Com a participação da sociedade civil busca-se esclarecer pontos sobre a matéria ou circunstância de fato. Seu impacto no controle de constitucionalidade tem-se demonstrado que é associada a uma demanda técnica e interdisciplinar sobre a matéria, necessidade de conhecer as implicações e repercussões práticas da legislação discutida e analisar o impacto da legislação ou matéria discutida sobre os grupos.

A incorporação de novos direitos afeta a organização do poder estatal e a própria maneira de efetivar os direitos expressos na Carta. Os problemas aparecem em diferentes níveis em questões como a incorporação de direitos sociais (promovida de modo habitual por reformistas democráticos) transfere poderes ao Judiciário.⁸¹ Esse papel protagonista da Corte reforça a necessidade de reavaliar os modelos de representação. Talvez neste sentido os institutos do *amicus curiae* e a audiência pública possam ser utilizados para provocar transformação institucional no sentido de ampliar a dimensão participativa e deliberativa do processo.⁸²

⁷⁹ ALMEIDA, Eloísa Machado de; **Capacidades institucionais do amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência.** Rev. Direito Práxis., Rio de Janeiro, vol. 10, no 1, 2019, p. 678-707. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39502>. Acesso: 20 de outubro de 2019

⁸⁰ RESENDE, Ranieri L.; VIEIRA, José Ribas. *Judicial Review e Democracia, caminhos para um controle de dialógico de constitucionalidade.* Rev. Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. No 113 p. 421. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/372/360> Acesso. 30 de outubro de 2019

⁸¹ GARGARELLA, Roberto. **La «sala de máquinas» de las constituciones latino-americanas: Entre lo viejo y lo nuevo.** Nueva Sociedad Nº257, julio-agosto de 2015. p. 104 Disponível em: https://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf. Acesso 20 de janeiro de 2020

⁸² MARONA, Marjorie C. M.; ROCH, Marta M. da; **Democratizar a Juridicção Constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal,** Rev. Sociol. Polit. V.25, n.62.p. 151, jun. 2017.

No entanto, não se pode crer que o Judiciário tenha uma capacidade institucional superior a do Poder Legislativo para interpretar a Constituição, não há de se canonizar a figura do juiz e demonizar a do legislador. O Poder Legislativo tem significativa capacidade de coletar informações das mais diversas fontes, ouvir especialistas e ponderar interesses variados, sendo um foro adequado para resolver conflitos, diferente dos Tribunais que via de regra ficam adstritos às informações e ao ponto de vista apresentado pelas partes do processo, apresentando dificuldade para perceber todas as implicações e interesses que gravitam em torno dos conflitos.⁸³

O desafio é a construção de um modelo dialógico entre os poderes, por exemplo o Supremo Tribunal Federal declarar o descumprimento de um preceito fundamental e a possibilidade de a partir disso o Congresso Nacional legislar para sanar o descumprimento, isso promoveria não a supremacia de um ou outro poder, mas a flexibilidade e uma interação na solução de questões constitucionais complexas.⁸⁴

1.3. Judicialização da Política:

A judicialização da política é um fenômeno não exclusivo do Brasil, há um grande número de sistemas políticos democráticos contemporâneos caracterizados por uma expansão significativa do papel dos tribunais.

Como já abordado anteriormente o fenômeno da judicialização no Brasil despontou a partir da Constituição de 1988, que modificou os instrumentos de proteção judicial e deu protagonismo aos tribunais na solução de questões polêmicas, possibilitando que autoridades, associações civis e governos passassem a recorrer ao Poder judiciário para valer seus interesses.

TATE e VALLINDER definem a judicialização da política como uma “reação do judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomado como base a Constituição”⁸⁵.

Para BARROSO, a judicialização significa que questões de repercussão política ou social estão sendo decididas por órgão do Poder Judiciário e não pelos poderes políticos

⁸³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**.p.88. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em 04 de abril de 2019

⁸⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial vs, Diálogos Constitucionais**. Ed. Lumen Juris, 2017, p. 392

⁸⁵ TATTE; VALLINDER apud ARAGÃO, José Carlos Medeiros. **Judicialização da política no Brasil: Influência sobre atos interna Corpus do Congresso Nacional**. Ed. Câmara, 2013, p.66

tradicionais,⁸⁶ provocada pela constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário.⁸⁷

ARAGÃO afirma que vários fatores acarretam e sedimentam a judicialização da política, entre eles: a separação dos poderes; a ineficácia das instituições que detém o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais pela oposição e a ingerência de grupos com interesses privados.⁸⁸

Os direitos políticos apesar de serem formalmente reconhecidos na Constituição não significam que são efetivados e os grupos de interesse, privados ou de organizações sociais, passam a recorrer aos tribunais para realizar seus objetivos, o que é claramente observável nas ações que serão analisadas no capítulo terceiro desta dissertação.

Desta forma o Supremo Tribunal Federal participa da elaboração de políticas, uma vez que, conforme BARROSO é “completamente independente dos interesses das maiorias parlamentares e podem decidir sem constrangimento”⁸⁹. Neste contexto, o Judiciário passa a atuar na vida social, decidindo em aspectos anteriormente restritos, como educação, institucionalização do casamento homoafetivo, questões de racismo, etc.

Especificamente o Tribunal influi nas atividades dos órgãos legislativos, utilizando o controle de constitucionalidade e funcionando como um espaço de debate e decisões relativas às políticas públicas.

Conforme ARAGÃO as ações submetidas a Corte são consideradas um dos instrumentos que caracterizam a judicialização da política, pois as decisões afetam diretamente as normas estipuladas pelo legislativo, ou em algumas vezes não são efetivadas em razão de sua omissão.⁹⁰ E nesse processo de judicialização da política e da omissão do Legislativo estimulados pelos fatores do exercício dos direitos políticos e pelo uso dos tribunais por grupos de interesse que as ações de litígio estratégico são pautadas e são utilizadas na tentativa de provocar mudanças estruturais, sejam nas leis ou nas política públicas.

1.4. O Poder legislativo na Ordem Constitucional

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120320190516_BarrosoJudicializac807a771o.pdf p.3. Acesso 20 de julho de 2019

⁸⁷ Id., **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2015, p.422

⁸⁸ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. 2013. *Op.cit.* p.69

⁸⁹ BARROSO, *Op.cit.* p.423

⁹⁰ ARAGÃO, *Op.cit.*, p. 70

O Poder Legislativo é um órgão coletivo composto por membros eleitos pelo povo, com a função de legislar. Faz parte da Democracia, representa a sociedade em sua diversidade e pluralidade de pensamentos. As teorias democráticas contribuem de certa forma para pensar no Legislativo como um espaço de deliberação, que além de representar a maioria é uma possibilidade de colocar interesses diversos.

Assim como o Supremo Tribunal, o Poder Legislativo também sofreu alterações com as decorrentes mudanças na ordem constitucional, este tópico abordará as Constituições que provocaram alterações mais significativas.

A estrutura de um Parlamento já era conhecida no Brasil Colônia, no entanto o que havia era um modelo de Câmara Municipal, composta por juízes, três vereadores e um procurador, mais do que um órgão de deliberação legislativa representava uma repartição de poder. Obviamente não há nenhuma semelhança com a estrutura do Legislativo atual, pois eram uma mistura de Poder Judiciário como o próprio Legislativo.⁹¹

Na Constituição de 1824, o Poder Legislativo era exercido por Assembléia Geral, com o Poder Moderador acima de outros poderes.

A Constituição de 1891 foi baseada num modelo republicano de Estado fundamentada no pacto federativo, e isso inovou o parlamento, estabelecendo eleições diretas para a Câmara, Senado e Presidência. Com a instituição da República, aboliu-se o poder moderador estabeleceu-se um sistema de divisão de poderes.⁹²

Na Era Vargas houve uma rígida centralização política, concentrando o poder na mão do Presidente. Na Constituição de 1934, o modelo bicameral é adotada passando a Câmara dos Deputados a integrar o Poder Legislativo juntamente com o Senado⁹³. Comportando ainda, na Câmara dos Deputados, ao lado da representação popular, uma representação profissional classista.

A Constituição de 1937, em tese, trouxe a regra do exercício do poder pelo Parlamento Nacional (composto de Câmara dos Deputados e Conselho Federal, escolhida por sufrágio indireto), o Presidente da República, com fundamento no bem-estar do povo ou promoção ou

⁹¹ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento.** Tese de Doutorado. 2009, p.123. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042010-083530/pt-br.php+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso 25 de julho de 2019

⁹² BALEEIRO, Aliomar. **1891. Constituições Brasileiras**, vol. 5. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012. p. 29 Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequence=5. Acesso 20 julho de 2019

⁹³ Cf. artigo 22 da Constituição de 1934.

defesa do interesse social poderia submeter a lei declarada inconstitucional pelo Tribunal ao Parlamento para superar os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte.⁹⁴

Após o fim do Estado Novo e com a promulgação da Constituição de 1946, a independência entre os três poderes é restabelecida, o Congresso Nacional é restaurado e dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal, ambos exercendo todas suas atribuições, vigorando até o Regime Militar.

De 1964 até 1985, atos institucionais esvaziaram a vida política do Brasil, provocado por uma série de atos institucionais durante o Governo Militar, cassação de mandatos de parlamentares, suspensões de direitos políticos, ocorrendo exílio de líderes políticos da oposição, fazendo o Poder Legislativo perder sua identidade.

Em 1988, com a promulgação da Constituição, o Parlamento assume um papel de destaque na condução da nova ordem democrática e constitucional, com mais responsabilidade, não apenas na representação política, mas também em relação a atuação legislativa e a fiscalização sobre os atos do Poder Executivo.

Conforme artigo 44 da Constituição Federal, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara de Deputados e Senado Federal. Suas funções fundamentais são representar, legislar, legitimar a ação governamental, a de controle, a de juízo político e a constituinte.⁹⁵

A Lei Maior, aprovou dois conjuntos distintos de medidas. De um lado, os constituintes aprovaram medidas que fortaleceram o Congresso, recuperando os poderes retirados ao longo do período militar. De outro lado, a Lei manteve muitos poderes legislativos de que foi dotado o Poder Executivo ao longo do período autoritário.⁹⁶

Exemplo de fortalecimento do Legislativo é a derrubada do veto presidencial que passou a depender do voto da maioria absoluta, outra característica faz notar-se na definição das áreas em que lhe foi reservada a competência exclusiva para legislar.

Busca construir um Legislativo que interaja com os demais Poderes e com a sociedade, na busca de soluções para os problemas e construísse um sólido arcabouço de normas para promover as transformações.⁹⁷

⁹⁴ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012

⁹⁵ SILVA, José A. **Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo**, 2010, p. 147. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198698/000897822.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2019

⁹⁶ FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova Ordem Constitucional**. 2001, p.42

⁹⁷ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento**. Tese de Doutorado. 2009, p. 151 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042010-083530/pt-br.php+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso 25 de julho de 2019

As atribuições do Poder Legislativo estão estabelecidas no Texto Constitucional (arts. 48 a 50), a competência privativa da Câmara dos Deputados (no artigo 51) e do Senado Federal (art. 52). Os Deputados Federais, são os representantes do povo na Câmara, já os Senadores compõem a Câmara Alta, representantes dos Estados e do Distrito Federal. A Câmara dos deputados tem certa primazia no que é referente a iniciativa legislativa.⁹⁸

As atribuições do Congresso são classificadas em cinco espécies:

1. **Atribuições legislativas:** o Congresso Nacional exerce a função legislativa de competência da União, elaborando leis sobre todas as matérias desse.
2. **Atribuições Deliberativas:** arroladas no art. 49 da Constituição, consistem na prática de atos concretos, resolver sobre tratados e acordos internacionais, fiscalizar os atos normativos do Poder Executivo, aprovar estado de defesa e intervenção federal, autorizar o estado de sítio ou suspender qualquer dessas medidas.
3. **Atribuições de fiscalização e controle:** a) controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas da União e da Comissão mista, da situação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração direta e indireta (art. 49, inciso X); b) tomada de contas do Presidente pela Câmara dos Deputados (art. 51, inciso II); d) pedidos de informação aos Ministros de Estado ou a titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (art.50); e) criação de Comissões Parlamentares de Inquérito, (art. 58, parágrafo 3º.).
4. **Atribuição de julgamento e crime de responsabilidade:** do Presidente da República ou Ministro de Estado, a Câmara dos Deputados exerce a função de órgão de admissibilidade, e o Senado com Tribunal político, assim como funciona como tribunal de processo e do julgamento em casos de julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e do Advogado Geral da União, conforme o art. 52, inciso II da Constituição Federal.
5. **Atribuições Constituintes:** também é o poder constituinte instituído, tendo competência para elaborar emendas a Constituição, no entanto, limitado pelo artigo 60, parágrafo 4º, não sendo objeto de deliberação as propostas de emenda para abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

⁹⁸ CINTRA, Antonio O.; BANDEIRA, Regina Maria G. **O poder Legislativo na organização política brasileira.** 2005. p.17. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2005_4374.pdf. Acesso em 24 de julho de 2019

Observa-se que a Constituição de 1988 incube ao Poder Legislativo um papel ativo com destaque na separação de poderes, pois cabe a ele dar continuidade e plenitude aos preceitos normativos do texto. Ao legislador compete adaptar a legislação ordinária aos dispositivos constitucionais e gozar de sua autonomia e eficiência para que os direitos previstos na Constituição sejam usufruídos.⁹⁹

1.4.1. A Representatividade no Parlamento

A representação parlamentar é um dos elementos básicos da democracia representativa. Elaborar leis, fiscalizar os outros poderes é uma atribuição do Parlamento. do Legislativo, atribuindo ou modificando suas funções, ele é essencial.

O Poder Legislativo é democrático, uma vez que é ele que dá voz ao cidadão para reivindicar direitos e propor medidas para resolver os conflitos sociais. É no Congresso Nacional que ressoam os problemas da população e seus integrantes representam legitimamente a sociedade, no entanto, a democracia enfrenta uma espécie de crise que atinge as instituições representativas, não somente no Brasil, mas no cenário político internacional.

De fato existe uma distância entre os representados e representantes no exercício do poder político, e há de se fazer uma crítica ao Legislativo que consiste em não corresponder aos anseios da sociedade e essa situação de desprestígio pode provocar uma crise no sistema representativo, comprometendo a legitimidade das instituições legislativas¹⁰⁰, pois o bom funcionamento dos poderes é fundamental nas democracias.

Enquanto centro da democracia o Poder Legislativo precisa responder as novas demandas, retomar o protagonismo como legislador, coibir possíveis abusos do Executivo e se afastar deste, que ainda tem um controle significativo da agenda legislativa e colabora com a desidratação do parlamento.

Não há fórmula mágica, mas o Poder Legislativo precisa se reafirmar, resgatar a credibilidade da classe política e o caminho para concretização disso é atuar em consonância com a sociedade, tornando mais célere os processos do legislativo e enfrentando a questão da

⁹⁹ PLUFG-Meyer, Samantha. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO**. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Samantha_Ribeiro_Meyer-Pflug_a_constituicao.pdf. Acesso 10 de agosto de 2019. Documento eletrônico/não paginado

¹⁰⁰ BARROSO, Luis R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**, Saraiva, 2016, p. 508

omissão parlamentar que é uma, entre tantas outras causas que colaboram para uma atuação mais protagonista do Poder Judiciário, em particular o Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos tem protagonizado a judicialização das relações políticas e sociais.

Todas as críticas e problemáticas apresentadas até o momento neste trabalho como a crise de representatividade no parlamento, politização e expansão do judiciário, invasão de competências e atribuições entre os poderes, proteção das minorias frente as maiorias fazem parte de um contexto que não é apenas doméstico, mas ocorre inclusive nos sistemas constitucionais dos quais o próprio sistema brasileiro se inspirou, como o europeu e americano. Em razão disso cabe as instituições pensarem em novas formas que colaborem com a evolução do sistema judicial, principalmente no se refere ao controle de constitucionalidade.

Enquanto o Poder Legislativo não se reafirmar e superar a crise de representatividade, buscar-se-á o Judiciário para resolver os problemas.

2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A REVISÃO JUDICIAL E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

No capítulo 1 desta dissertação, a atenção voltou-se ao marco inicial sobre o papel da jurisdição constitucional e supremacia da Constituição e o início das discussões sobre a revisão judicial, resgatando as ideias dos *The Federalist*, o emblemático caso *Madison vs. Marbury*, e o debate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o “Guardião da Constituição”.

A ampliação das Constituições e o desenvolvimento do Estado de Bem Estar Social levaram a expansão da Suprema Corte no seu papel de garantir respeito aos direitos fundamentais, contemplados na Constituição, em razão disso o debate sobre o controle de constitucionalidade se intensificou.

Os Tribunais passaram a ter uma participação vital no discurso político em razão da omissão do Poder Legislativo, levantando o questionamento sobre a quem cabe a última palavra na tomada de decisão: ao Poder Legislativo ou o Poder Judiciário, abrindo-se a controvérsia sobre a legitimidade na interpretação constitucional e a possibilidade de as interferências entre instituições afetarem o equilíbrio entre os Poderes, principalmente quando o Judiciário é o agente, uma vez que suas decisões influenciam a maioria sem a carga da responsabilidade eleitoral.

Estas transformações oportunizaram novas interpretações acerca do papel exercido pelas Cortes, fomentando uma vasta literatura e o protagonismo de novos teóricos.

A tensão entre constitucionalismo e democracia permanecem e o controle de constitucionalidade é um fator de discussão nestes dois valores. Desta forma, este capítulo retomará as discussões sobre a revisão judicial, porém utilizando-se base teóricas contemporâneas. Entre ele, Ronald Dworkin e sua proposta de um sistema forte de revisão judicial e Jeromy Waldron com sua crítica sobre a Supremacia Judicial e a revisão judicial, numa tentativa de explicitar e compreender as posições antagônicas entre estes autores.

2.1. A Jurisdição Constitucional em Ronald Dworkin

DWORKIN defende que a constituição de um país é a guardiã dos princípios morais, que devem ser aplicados por juízes. Considera que a revisão judicial é democrática e fortalece o processo da democracia, visto que o controle de constitucionalidade é a última fronteira para defesa dos direitos fundamentais.

DWORKIN é um filósofo liberal, defensor dos direitos das minorias¹⁰¹ e crítico do positivismo puro, que exclui os valores na aplicação do Direito. Em sua concepção, é necessário que o aplicador do direito se utilize de princípios quando estiver diante de um *hard case*.¹⁰²

Sua visão de democracia não é apenas um regime que os indivíduos buscam tomar decisões coletivas ou processar seus interesses individuais, convertendo em política pública por intermédio da regra da maioria, além disso, é preciso que exista um sentimento de pertencimento a comunidade que se forma somente por meio da igualdade e respeito. A democracia não se restringe apenas à satisfazer o bem-estar geral, mas também deve respeitar os direitos individuais¹⁰³

Para ele há dois argumentos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões: O argumentos de princípio político que justifica uma decisão que respeita ou garante um direito individual ou de um grupo; e o argumento de procedimento político, que justifica uma decisão política que protege algum objetivo coletivo da comunidade promovendo algo do interesse público.¹⁰⁴

Apresenta na sua teoria duas concepções de Estado de Direito. A primeira, ligada a teoria positivista, que estaria centrada no texto legal, no qual o poder estatal deve ser exercido conforme as regras “explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”¹⁰⁵ e a segunda, centrada nos direitos, comprometida com a visão substantiva do direito. Pressupõem que o cidadão têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo e admite acrescer conteúdos referente a moralidade política. Estes direitos devem ser reconhecidos no Direito Positivo “para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável”.¹⁰⁶

A concepção de Estado de Direito centrado em direitos, para Dworkin, é mais complexa, pois há direitos e deveres morais que não estão descritos nos textos legislativos, mas que devem ser trazidos pelos juízes por meio da interpretação.

¹⁰¹ O termo “direito das minorias” é um argumento clássico que remonta a Aléxis de Tocqueville e John Sturt Mill e é usado como um termo corrente no vocabulário político cotidiano, se mostrando adequado para a justificação do papel e legitimidade da revisão judicial. Cf. em MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** p. 60. 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. acesso em 04 de abril de 2019

¹⁰² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério.** São Paulo, 2002, p. 131

¹⁰³ MENDES, *Op.cit.* p.7

¹⁰⁴ DWORKIN, *Op.cit.* p. 129

¹⁰⁵ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio,** 2000 p. 7

¹⁰⁶ *Ib.* 2002 p. 7

Ao defender a concepção de Estado de Direito, àqueles que acreditam que as decisões judiciais políticas devem ser tomadas pelo Legislativo e não pelos juízes, DWORKIN afirma que nem sempre o parlamento terá tempo de revogar uma decisão por meio de uma legislação adequada, pois existem prioridades políticas além da dificuldade adicional impostas por razões políticas práticas, pois as modificações poderiam mexer com os interesses de uma parcela da comunidade ou provocaria afastamento de coalização governante.¹⁰⁷

Acrescenta ainda que, o interesse público pode se opor a concessão de um direito em questões sensíveis e grupos politicamente poderosos podem influenciar as agremiações políticas, praticando algum tipo de discriminação, sem nenhuma força compensatória, exceto uma minoria politicamente impotente, nestes casos, os legisladores estão sujeitos a pressões que os juízes não estão, o que os coloca em melhor posição para decidir sobre questões de direitos.

Dessa forma, observa-se que o autor acredita que cabe ao Tribunal Constitucional o dever de decidir questões polêmicas, para evitar decisões majoritárias construídas sobre opiniões morais que venham ferir o direito das minorias e por consequência, ofender a igualdade de representação.

Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.¹⁰⁸

DWORKIN confia que a revisão judicial possibilita que as questões fundamentais de moralidade política devem ser expostas e debatidas como questões de princípios, e não apenas de poder político, assim como qualifica o judiciário como a figura mais apta a observar e interpretá-los e o lugar onde as minorias têm maiores chances de terem seus direitos resguardados, pois os juízes estão livres de pressões externa da maioria, diferentemente dos membros do Poder Legislativo:

(...)Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? É difícil avaliar a questão da exatidão abstratamente, isto é, separadamente de alguma teoria particular de direitos. Mas não consigo imaginar em que argumentos se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que

¹⁰⁷ *Ib.* p.18

¹⁰⁸ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

decisões judiciais. (...) Mas a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores. Além disso, em alguns casos, o público que elege legisladores irá, com efeito, participar da discussão sobre se alguém tem ou não direito a algo, pois os interesses do público opõem-se à concessão de um direito.¹⁰⁹

Na visão do autor, alguns indivíduos transferem a atribuição institucional pois têm um poder na concepção de Estado de Direito que não corresponde ao mesmo poder na concepção centrada na legislação. Então como sujeitos, têm o direito de exigir um julgamento específico para seus direitos, que se forem reconhecidos pelo tribunal serão exercidos independentemente da vontade do Parlamento.

Outra questão se refere ao acesso a justiça, já que os mais ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, transferir algumas decisões para o legislativo pode ser mais vantajoso. Assim, as minorias organizadas podem ter mais a ganhar recorrendo ao Judiciário uma vez que o viés majoritário do legislativo funciona mais em seu desfavor. E a partir do momento que os tribunais protegem os direitos individuais as minorias ganham em poder político na medida que seus direitos são efetivamente fundamentados necessidades.¹¹⁰

E nas palavras de DWORKIN:

(...) não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal.¹¹¹

A revisão judicial para DWORKIN serve para conferir direitos fundamentais proporcionando igualdade entre os grupos minoritários e majoritários. Entende que o exercício desta atividade pelo Poder Judiciário pode ser mais benéfico em razão de que há uma certa influência por parte de alguns grupos sobre o legislativo que lhes proporciona mais benefícios em detrimento daqueles que não tem o mesmo poder de influência¹¹².

Desta forma, em razão de não estar submetido a este poder de influência, o Poder Judiciário tem condições de efetivar a aplicação dos direitos fundamentais.

Em DWORKIN, o respeito e a igualdade são pontos essenciais, e se fazem presentes quando os direitos da minoria são cumpridos, e quando uma sociedade nega isto, descumpra tais princípios, inclusive os democráticos.

¹⁰⁹ Ib. p. 26-27

¹¹⁰ Ib. p. 31

¹¹¹ Ib.p. 32.

2.2. A Jurisdição Constitucional e Supremacia Parlamentar em Jeremy Waldron

WALDRON é um filósofo do Direito neozelandês que, diferentemente de DWORKIN, é adepto da corrente majoritária, defendendo a supremacia parlamentar, que tem o método da maioria como o procedimento mais adequado na democracia. Seu ingresso no debate sobre o controle de constitucionalidade trouxe de volta o Poder Legislativo à consideração da teoria constitucional.¹¹³ Crítico contumaz do revisão judicial e da supremacia judicial, avalia que acordos constitucionais capacitam juízes não eleitos a interferirem na legislação devidamente promulgada em assembleia representativa.¹¹⁴

Considera que a revisão judicial é vulnerável por dois motivos: 1. Não possibilita a sociedade se concentrar claramente sobre as questões reais das quais discordam; 2. É politicamente ilegítima, na medida em um pequeno número de juízes decidem, se distanciando dos princípios de representação e igualdade política: (...) “é privar os cidadãos comuns e deixar de lado os preciosos princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos”.¹¹⁵

Pela objeção ao controle de constitucionalidade, WALDRON acredita que se todos os processos de escolhas sociais podem ser injustos, deve-se optar pelo democrático, pois garante ao povo a sujeição aos próprios erros e possibilita a participação igualitária no processo político que acontece no Parlamento, pois este tem responsabilidade eleitoral e pluralidade na composição refletindo os desacordos sociais.¹¹⁶

O desacordo é o ponto essencial para WALDRON, (o que ele chama de desacordo moral razoável) pois aduz que em sociedades pluralistas as pessoas discordam quanto ao papel do Estado na efetivação dos direitos; divergem sobre questões econômicas, vagas em universidades, critérios de mérito ou ações afirmativas, ou por questões de aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, etc. São nestas circunstâncias políticas que o agir coletivo deve ser viabilizado para que a deliberação seja feita pelo poder apropriado, o Parlamento.

¹¹³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**, 2013. p.123. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/publico/Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf

¹¹⁴ WALDRON, Jeremy. **Judicial Review and Judicial Supremacy**. (2014). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Disponível em https://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/495. Acesso em 20 de dezembro de 2019

¹¹⁵ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, 2006, p. 1353. (tradução livre). Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso 25 de julho de 2019

¹¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Op.cit.* p. 111

WALDRON divide as decisões judiciais em duas: decisão judicial forte e a decisão judicial fraca. No sistema de revisão judicial forte, os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma lei em um caso particular ou para modificar o efeito dela, de maneira que atenda os direitos individuais.¹¹⁷

Em um sistema de revisão judicial fraca, o tribunal pode examinar a legislação e declarar sua incompatibilidade entre a Constituição e a Legislação, mas não pode recusar a aplicação simplesmente porque os direitos seriam violados, no entanto a declaração de incompatibilidade permite que o Parlamento tome alguma decisão a respeito. Assim, o Poder Legislativo mantém sua competência em mudar a norma embora exerça seu poder por conta da declaração de inconstitucionalidade¹¹⁸.

Considera que os modelos de forte revisão constitucional devem ter maior atenção, pois são estes que podem direcionar a Supremacia Judicial levando o tribunal a ter a última palavra na interpretação constitucional.

Segundo WALDRON, a Supremacia Judicial implica na criação de um Poder Judiciário soberano que usurpa o poder do constituinte.¹¹⁹ Ela retira o poder do Parlamento na competência de deliberar sobre as políticas e concentra exclusivamente no Judiciário o influxo da última palavra.

Para ele o processo de legislação deveria sintetizar medidas comuns, construídas por todos os representantes da comunidade, considerando e reconhecendo as diferenças de opiniões e princípios entre eles.¹²⁰

Resgata o conceito de Hobbes, que diz que o problema da soberania significa identificar aquele poder que não se sujeita a nenhum outro. Como solução, Hobbes, apresenta o conceito de *Rule of Law* atribuindo a soberania ao Monarca ou ao Parlamento, no qual a limitação não é feita pelo do texto constitucional, mas por um ente político, no entanto, a rejeição das leis pelo Poder Judiciário dissolveria esse conceito e atribuiria ao Judiciário a soberania. Assim, WALDRON denomina a supremacia judicial.¹²¹

WALDRON considera que a Supremacia Judicial é a usurpação do poder constituinte e que assim como os demais Poderes, o Judiciário é um poder constituído e por essa razão é cabível que

¹¹⁷ WALDRON, *Op.cit.* 2006 p. 1353.

¹¹⁸ WALDRON, Jeremy. **Control de constitucionalidad y legitimidad política**. *Dikaion*, 27, 1, 2018, p. 7-28.

¹¹⁹ WALDRON, *Ib* 2018. p.15

¹²⁰ WALDRON, *Op.cit.* 2003, p. 2

¹²¹ WALDRON, *Op.cit.* 2018, p.17

os juizes se perguntem até que ponto estariam declinando de interpretações constitucionais emanadas dos outros Poderes.¹²²

Considera que uma forte revisão judicial pode direcionar à afirmação da supremacia judicial apontando três problemas para isso: 1. Deslocamento do autogoverno, onde a Corte assume o poder geral do governo a medida que questões vitais sejam sempre levadas a ela; 2. Supremacia Judicial: os juizes se tornam supremos ou soberanos da política subordinando a ele os demais Poderes. 3. Usurpação do papel de constituinte, uma vez que a Constituição foi ratificada por um poder dentro da sociedade representando a sua vontade.

Em oposição ao revisão judicial, WALDRON defende o Parlamento e os mecanismos democráticos para adotar as decisões, desde que a sociedade preencha alguns requisitos: a) o bom funcionamento das instituições democráticas, com um legislativo representativo; b) instituições judiciais em bom funcionamento que zelem pelo Estado de Direito; c) o compromisso efetivo da sociedade e das autoridades como respeito ao direito das minorias; d) existência de um desacordo substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos.¹²³

Dentro deste contexto específico, na ausência de algum desses elementos haveria uma atipicidade o que dificultaria o controle de constitucionalidade.

No entanto, o autor chama atenção para dois fatores em volta da revisão judicial: de um lado reconhece que o controle de constitucionalidade não é inapropriado quando há falha no funcionamento das instituições e desacordo persistente entre a sociedade; e outro quando há patologias, como uma instituição legislativa disfuncional, cultura política corrupta, racismo e outras formas de preconceito que por questões morais poderiam extinguir de direitos fundamentais, seria recomendável.

WALDRON acredita que a legitimidade democrática se dá com a capacidade do sistema jurídico e político gerarem respaldo para a implementação das leis e das políticas, incluindo aqueles que se opuseram a elas por razão substanciais. Considera o desacordo como o meio mais razoável para se chegar a uma solução coletiva, que promova a efetivação dos direitos fundamentais, é pelo método majoritário pois este respeita as distintas visões da sociedade.

¹²² Ib. p.24

¹²³ WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, p. 1361-1369. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjl>. Acesso 25 de julho de 2019

Reconhece a impossibilidade do consenso por isso defende que o processo seja pautado na igualdade das pessoas, que suas opiniões não sejam privadas mas consideradas e respeitadas, estabelecendo o modo de operação democrático.

DWORKIN e WALDRON são dois autores que apresentam uma teoria complexa sobre a revisão judicial e a relação entre Democracia e Constituição. E apesar de terem posições completamente antagônicas sobre o revisão judicial – DWORKIN completamente convencido na importância revisão judicial e WALDRON com suas críticas, propondo uma contenção do revisão judicial, apresentam algumas convergências.

Ambos se atentam ao desrespeito aos direitos fundamentais, no entanto para WALDRON a participação do indivíduo nas deliberações é o que dá legitimidade a democracia, as decisões coletivas construídas mesmo no dissenso fortalecem o processo democrático e a arena de disputa e discussão para tomada de decisões coletivas é o Parlamento. Em DWORKIN a busca pelos direitos fundamentais pode ser feita no âmbito do Poder Judiciário.

Em DWORKIN não há diálogo institucional já que última palavra cabe ao Judiciário e são os princípios que devem ser considerados. Já para WALDRON, ao Parlamento cabe a última palavra. A obrigação política é o respeito as decisões coletivas derivadas da deliberação política da comunidade. No entanto, reconhece que em determinadas ocasiões a intervenção judicial é necessária, principalmente quando afeta minorias quando estas têm seus direitos sob ameaça o quando há algum problema no funcionamento das instituições.

WALDRONpositor declarado do monopólio do judiciário que apesar de admitir a necessidade da revisão judicial em algumas hipóteses, é um contumaz crítico dela e da Supremacia Judicial, principalmente do ponto de vista democrático, pois defende um protagonismo maior por parte do Parlamento, o legislador inclusive como intérprete a Constituição .

Em oposição, DWORKIN privilegia, o Poder Judiciário, como espaço principal de leitura e interpretação da Constituição. É a favor não apenas da revisão judicial como também da supremacia judicial, cabendo a ultima palavra à Suprema Corte.

2.3. O Diálogo Constitucional – Caminho para uma Jurisdição Constitucional democrática

As críticas institucionais e democráticas à Supremacia Judicial e a revisão judicial surgem principalmente nos Estados Unidos em razão da judicialização da política, recente no

mundo, mas presente há dois séculos na história do Judiciário americano. Sendo marcado por episódios de ativismo judicial conservador como o caso *Dred Scott v. Sanford*¹²⁴ e *Lochner v. New York*¹²⁵. No primeiro a Suprema Corte conferiu respaldo constitucional à escravidão não considerando que os ascendentes de africanos, importado como escravos para o país, não teriam a proteção da Constituição e no segundo, invalidou legislação social destinada à proteção do trabalhador. Foi a partir da década de 1950, que o ativismo judicial pró-direitos humanos foi revelado pelo caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹²⁶, em que foi declarado a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas.¹²⁷

Esta decisões, sobre o direito das minorias ou aquelas que extrapolam a competência do Judiciário atingindo o Poder Legislativo, que é a instituição legitimada pelo voto popular para resolver os conflitos de natureza concreta dos direitos (posicionamento defendido por WALDRON),¹²⁸ são motivos que suscitaram novas leituras sobre o papel dos Tribunais e a função do revisão judicial.

O diálogo é necessário na política, significa respeito e reciprocidade. Denota de uma relação horizontal, não hierárquica, portanto é um valor para justificar decisões de autoridade.¹²⁹ Desta forma, nos últimos anos o termo diálogo tem se tornado onipresente na teoria constitucional. Usado como forma de descrever a interação entre os Poderes na tomada de decisão, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais.

As teorias do diálogo constitucional não determinam normativas ideais sobre a posição dos juízes ou do legislador, estão voltadas à sua interação. Querem demonstrar uma nova forma de entender o processo legislativo e a revisão judicial, não pretendendo determinar quem deve dar a última palavra, mas semear a ideia da interlocução institucional.¹³⁰

Com diferentes nuances e perspectivas, as teorias dialógicas têm em comum com as teorias da última palavra, a recusa da visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, que deve ser feita pelos outros Poderes.

Na teoria dialógica o sentido futuro da Constituição é fruto de uma complexa interação entre os Poderes Públicos e a sociedade civil. Dessa forma reconhece-se a falibilidade de todas

¹²⁴ *Dred Scott v. Sanford.* Disponível em <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=29&page=transcript>. Acesso 11 de jan. de 2020

¹²⁵ *Lochner v. New York*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>. Acesso 11 de janeiro de 2020

¹²⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka.* Disponível em <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=87>. Acesso 11 de janeiro de 2020

¹²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Op.cit.* p.246

¹²⁸ *Ib.* p.253

¹²⁹ MENDES, Conrado Hubner, *Op.cit.* 2008.p. 97

¹³⁰ *Ib.* p.190

as instituições políticas, assim como da Supremacia Judicial e Parlamentar. Conforme destaca MENDES “não há procedimento que garanta resultados justos, não há instituição infalível”.¹³¹

BATEUP diz que as teorias do diálogo constitucional se proliferam por causa do possível potencial para resolver as preocupações da legitimidade democrática associada revisão judicial.¹³²

A teoria do diálogo enfatiza que os juízes não devem ter o monopólio da interpretação constitucional. Ao invés de exercer o poder da revisão judicial desenvolvem um processo dialético, onde os julgamentos e interpretações constitucionais são produzidas mediante compartilhamento com outros atores constitucionais.¹³³

No entanto é necessário esclarecer que nem juízes nem legisladores são plenos e infalíveis na capacidade de interpretar a Constituição, então de onde deve vir a palavra final para a interpretação da Constituição?

BRANDÃO responde que:

O sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre elas a sociedade civil. Esta resposta apresenta a vantagem de reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas de supremacia judicial e parlamentar. Com efeito, se muitos dos argumentos “a favor” e “contra” a participação de juízes e legisladores na interpretação constitucional têm dose razoável de consistência, a tendência apresentada pelas doutrinas de supremacia de iluminar os aspectos positivos de determinado ator institucional e obscurecer os seus aspectos negativos em nada contribui para a construção de uma teoria que apresente o mínimo de conexão com a realidade.¹³⁴

O Diálogo Constitucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo institui uma espécie de constitucionalismo cooperativo, reconhecendo as limitações e potencialidades das respostas jurídicas e legislativas no processo de interpretação e satisfação dos direitos salvaguardados pela Constituição.

O diálogo constitucional é um novo modelo de interpretação constitucional, onde não há superposição de um Poder sobre o outro. A premissa é a postura dialógica entre as instituições na busca pela melhor interpretação da Constituição. Nessa perspectiva não existe hierarquia entre as instituições, mas sim uma rede de contribuições para solucionar os celeumas constitucionais.

¹³¹ Id. p. 6

¹³² BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 Brook. L. Rev. 2006. p. 1109-1110. Disponível em <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso 11 de janeiro de 2020

¹³³ Ib. p. 1109.

¹³⁴ BRANDÃO, *Op.cit.* p. 40

É a interlocução entre as instituições envolvendo atores públicos diversos para determinar e interpretar as normas. Frente ao debate sobre o modelo de controle de constitucionalidade, o diálogo versa em abrir espaço para uma resposta do Poder Legislativo após decisão judicial.

MENDES propõem o modelo deliberativo, que acredita trazer maior probabilidade de alcançar as respostas nos dilemas constitucionais. Defende que Parlamento e Corte possuem legitimidade para serem ativistas desde que se engajem no diálogo. Considera a revisão judicial um veto temporário que possibilita a interlocução entre os poderes e um mecanismo propulsor para melhorar as deliberações e pode também ser um desafio a política para que esta se supere.¹³⁵

O modelo de MENDES apresenta o um sistema métrico de interação institucional denominado desempenho deliberativo. Afirma que os parlamentos e tribunais têm a legitimidade necessária para sustentar sua atividade na medida que participam do diálogo. Eles podem optar por adiar, esperar ou diante de um fato novo argumentar melhor desafiando outro.¹³⁶ O melhor desempenho prevalecerá na competição para alcançar o melhor argumento e terá a legitimidade para desafiar. A estabilidade ocorre por meio da adaptação entre os dois Poderes, que pode se dar pelo resultado de negociações e pela redução progressiva de discordância a partir de concessões mútuas. Acredita que mesmo sendo um jogo político, há capacidade da deliberação influenciar no processo não extinguindo a possibilidade de erro, mas maximizando as possibilidades de acerto.¹³⁷

No modelo deliberativo proposto não há poder entrincheirado ou deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão, a interação entre os poderes que maximiza seu desempenho deliberativo.

HOGG e BUSHELL consideram que o diálogo acontece quando uma decisão judicial é aberta a revogação, modificação ou anulação provocando a comunicação entre o Tribunal e as autoridades do Legislativo, principalmente quando a decisão causa um debate público sobre os valores da Constituição.

¹³⁵ MENDES, Conrado Hubner. *Op.cit.* p. 191

¹³⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra** in Gargarella, Roberto. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Siglo XXI Editores Argentina. Edição do Kindle. pos.3239

¹³⁷ MENDES, Conrado Hubner. 2008. *Op.cit.* p. 205

The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. (...) There is usually an alternative law that is available to the legislative body and that enables the legislative purpose to be substantially carried out, albeit by somewhat different means. Moreover, when the Court strikes down a law, it frequently offers a suggestion as to how the law could be modified to solve the constitutional problems. The legislative body often follows that suggestion, or devises a different law that also skirts the constitutional barriers.¹³⁸

HOGG e BUSHELL tentaram comprovar que a revisão judicial nos termos em que é exercida no Canadá não significa uma barreira à atividade legislativa e à vontade da maioria, mas o início de um processo dialógico. Para os autores, a decisão judicial pode conchamar o Legislativo a um debate qualificado e público sem vinculá-lo às suas interpretações, uma vez que a seção 33 da Carta possibilita que o Parlamento supere a decisão judicial.¹³⁹

A partir da decisão o Legislativo adquire condição de elaborar uma resposta que respeite os princípios identificados na Carta pelo Tribunal Constitucional e atenda os objetivos que a decisão judicial impediu, além disso, quando o Tribunal invalida uma lei, por vezes sugere como ela deve ser modificada para resolver a inconstitucionalidade, possibilitando ao corpo legislativo seguir a sugestão ou apresentar uma lei diferente que evite barreiras constitucionais.¹⁴⁰

O objetivo do diálogo institucional não é impedir que as discussões ultrapassem o âmbito da jurisdição constitucional, ele pode e deve ter continuidade além da Corte, abrindo espaço para uma resposta legislativa. O controle de constitucionalidade não é um veto sobre as decisões políticas, mas o início de uma conversa para validar os valores da Carta Constitucional e as leis criadas pelo Parlamento.¹⁴¹

¹³⁸ O diálogo que culmina de uma decisão democrática só pode ocorrer se a decisão judicial de derrubar a lei puder ser revertida ou modificada pelo processos legislativo. (...) Geralmente há uma lei alternativa disponível. Além disso o Tribunal, ao derrubar uma lei, frequentemente oferece uma sugestão de como pode ser modificada para resolver a inconstitucionalidade. O Legislativo pode seguir essa sugestão ou criar uma nova para contornar as barreiras constitucionais.(tradução livre) ver em: HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A.. **"The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)."** Osgoode Hall Law Journal 35.1 p. 79 Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso 10 de agosto de 2019

¹³⁹ VICTOR, 2013. *Op.cit.* p. 193

¹⁴⁰ BUSHELL, Alisohn, HOGG Peter. **El dialogo de la carta entre los tribunais e las legislaturas**, in GARGARELLA, Roberto; BERGALLO Paola, 2014. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**, 2014. Posição 182. E-book

¹⁴¹ CLÈVE, Clémerson M.; LORENZE, Bruno M. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em 10 de agosto de 2019

BATEUP sistematizou as teorias dialógicas em dois grupos: i) Teorias dialógicas quanto ao método judicial, subdivididas em: a) Teorias de “aconselhamento” judicial; b) Teorias centradas no processo; c) Minimalismo judicial;¹⁴² ii) Teorias estruturais de diálogo, que subdividem-se em: a) Teoria da construção coordenada, b) Teorias de princípio jurídico; c) Teorias de equilíbrio; d) Teoria da parceria; e) Fusão dialógica.¹⁴³

As teorias do aconselhamento judicial sustentam que o Poder Judiciário deve usar técnicas de interpretação e de construção da decisão a fim de orientar sobre a constitucionalidade na elaboração da legislação. Esta abordagem permite ao Judiciário sinalizar potenciais inconstitucionalidades ao Congresso a respeito da sua política e de futuras leis.¹⁴⁴

A teoria centrada no processo propõe que o Poder Judiciário analise a adequação da deliberação das decisões políticas do Poder Legislativo que afetem valores constitucionais substantivos. O Judiciário investiga se os direitos fundamentais foram devidamente considerados, oferecendo atenção a matéria e a maturação que a complexidade exige. É como se fosse um “segundo olhar” que permite que permite o juiz se afastar das decisões conclusivas mas ainda mantém um papel ativo no diálogo, pois os juízes se envolvem mais explicitamente no debate constitucional quando os oficiais políticos deram pouca atenção ao valores constitucionais.¹⁴⁵

E por fim, o minimalismo jurídico recomenda uma postura minimalista dos juízes, se manifestando estritamente quando necessário para a solução do caso. As questões fundamentais não são decididas.¹⁴⁶

Em relação às teorias estruturais, na construção coordenada a interpretação constitucional é atribuída a todos os Poderes que atuam de forma compartilhada, mas com supremacia dentro de suas competências.¹⁴⁷

Já nas teorias de princípios jurídicos o Judiciário exerce uma competência especializada em decisões que envolvem princípios e em caso de equívoco há possibilidade de controle pelos demais poderes institucionais.¹⁴⁸ O diálogo é gerado quando os demais ramos políticos verificam a interpretação de princípios do Tribunal em caso de erro.

Na teoria de equilíbrio o papel concebido ao Judiciário não privilegia suas contribuições. O juiz é um promotor da sociedade na discussão constitucional, é uma instância

¹⁴² BATEUP *Op.cit* p.1123-1135

¹⁴³ *Ib.* p. 1135-1175

¹⁴⁴ *Ib.* p. 1123

¹⁴⁵ *Ib.* p.1129

¹⁴⁶ *Ib.* p. 1131

¹⁴⁷ *Ib.* p. 1137

¹⁴⁸ *Ib.* p. 1143

de discussão que inclui a sociedade na busca pela melhor concepção do que está se debatendo. Valoriza o diálogo na sociedade pautado pelas contribuições de todos os Poderes institucionais.

A teoria da parceria sugere um diálogo pautado nas contribuições de todos os Poderes sobre os dispositivos constitucionais. O aprendizado entre os Poderes é mútuo e todos estão legitimados para participar do processo de tomada de decisão.¹⁴⁹

E finalizando, a teoria da fusão dialógica é a junção dos elementos da teoria do equilíbrio com a teoria da parceria. Os Poderes Legislativo e Judiciário se complementam na defesa dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário facilitar o debate de questões de grande repercussão na sociedade e viabilizando sua inclusão na construção de um consenso sobre o sentido da Constituição. Aqui a questão contramajoritária estaria mitigada, pois as perspectivas institucionais do Parlamento e do Judiciário estariam interconectadas, mobilizadas pela escuta mútua, viabilizando melhores respostas.¹⁵⁰

A sistematização das teorias dialógicas apresentadas por BATEUP trazem uma perspectiva de buscar sentido das normas constitucionais por meio do conhecimento de cada Poder envolvido. Considera que os juízes podem canalizar a discussão social sobre temas constitucionais e fazer com que a Corte responda dialogicamente as proposições do Legislativo.

O Diálogo se constrói no auxílio da produção de respostas aceitas e construídas em conjunto e enriquece o processo de resolução institucional de casos concretos proporcionado pelo debate entre os Poderes, pois a capacidade de resposta aos problemas constitucionais num contexto de desacordo podem trazer satisfação como um todo.

Outro modelo dialógico proposto é o de GARGARELLA que apresenta uma visão voltada à realidade latino americana sobre o constitucionalismo e a teoria dialógica. Baseada principalmente em suas observações sobre a necessidade de reconhecer a pluralidade social, cultural, política e jurídica peculiares ao contexto latino, e assim, considerando-as para defender que se promova uma ampliação da participação da sociedade nos processos de tomada de decisões. GARGARELLA faz uma leitura que relaciona do diálogo constitucional com seu entendimento sobre a democracia deliberativa.¹⁵¹

Seu trabalho aborda o novo constitucionalismo dialógico, considerando o avanço do constitucionalismo latino americano que conquistou um amplo rol de direitos, com a inclusão dos povos indígenas, trabalhadores entre outros, no entanto sua crítica é que apesar da

¹⁴⁹ Ib. p. 1169

¹⁵⁰ Ib. p. 1169

¹⁵¹ Gargarella, Roberto. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 2014. posição 2391. E-book. Kindle

ampliação dos direitos, a participação popular nas decisões é restrita, continuando do lado de fora da “sala de máquinas da Constituição”,¹⁵² ou seja as estruturas de poder continuam concentradas com pouca possibilidade à participação popular na política.¹⁵³

GARGARELLA defende um sistema que contraste com a tradição do sistema de freios e contrapesos, a ideia é que seja estimulado um diálogo inclusivo, o que fará com que o sistema de tomada de decisão seja imparcial na medida em que seja realizada uma discussão ampla, com todos aqueles que discordem, pensem diferente e que desafiem as decisões, pois a discussão entre todos os envolvidos abre um espaço de escuta contribuindo com a possibilidade de se ganhar informações que desconhecia. Este raciocínio é muito semelhante ao conceito de desacordo moral razoável explorado por WALDRON, com a objeção que este é um defensor da supremacia parlamentar.

Para falar sobre teoria dialógica GARGARELLA parte de sua concepção de democracia, que denomina de postura de deliberação democrática. De acordo com esta posição, o sistema democrático justifica-se na medida que contribui para a tomada de decisões imparciais, mas para isso é essencial que exista um processo igualitário de discussão coletiva. O arranjo consiste em três ideais: a) a inclusão, para que todos os potencialmente afetados participem do processo de decisão; b) a deliberação, onde todos serão ouvidos e terão a oportunidade de mútua de se corrigirem; c) a igualdade, atentando-se a presença de forte desigualdade social que faz o processo de discussão coletiva perder sentido.¹⁵⁴

Uma vez atendidos essas ideias, GARGARELLA acredita que é possível questionar a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, mas sem necessariamente dizer que toda intervenção judicial é ofensiva ao ideal democrático.

O controle judicial pode ser compatível com o a democracia quando serve ao debate coletivo e contribui com a inclusão e igualdade necessária no processo deliberativo. Se colocar como motor e espaço de discussão pública exige dos juízes um papel mais modesto porém podem se tornar cruciais no processo democrático de tomada de decisão, uma vez que auxiliem

¹⁵² “A sala de máquinas consiste no poder de garantir provisões da constituição que determinam a relativa autoridade dos atores governamentais. Segundo Gargarella o empoderamento de inúmeros direitos adicionais nas Constituições da América- Latina é minado pela falha em reorganizar as estruturas de poder, assim como assegurar que esses novos direitos sejam implementados”. *Ver em* GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo latino-americano direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**. Universitas JUS, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4308/3261>. Acesso: 15 de janeiro de 2020

¹⁵³ Id. p. 98, 2015

¹⁵⁴ Gargarella, Roberto. **Um papel renovado para la corte suprema: Democracia e interpretación judicial de la Constitución**. 2007 Disponível em: <https://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>. Acesso 15 de janeiro de 2020. Documento não paginado

a reconhecer vários pontos de vista em jogo em situações de conflito, assim como forçar os legisladores a justificar suas decisões. Ao incluir vozes ausentes do debate pode colaborar para que as decisões não se concentrem nas mãos de grupos de poder.

Dessa forma GARGARELLA confia que os juízes promovem o diálogo democrático convocando audiência pública ou nos debates, ajudando as maiorias democráticas a pensar e decidir, atenta a pluralidade social, marcada pela discordância como um meio de aperfeiçoar e aproximar posições.

2.3.1 Modelos de institucionalização do diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo

A revisão dialógica judicial é uma inovação e ao falar em teoria dialógica é improvável não mencionar o sistema unanimemente reconhecido como aquele que foi o marco inicial da teoria, o sistema canadense de diálogo entre a Parlamento e a Suprema Corte que procurou criar um modelo de supremacia do Parlamento aliado com a previsão de uma Corte Constitucional.

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982.¹⁵⁵ O Canadá é um dos poucos exemplos de institucionalização do diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo sobre a interpretação da Constituição que vem da tradição inglesa do *common law*, tendo a soberania do Parlamento como princípio.¹⁵⁶

Até então, o país vivia sobe a égide de uma “declaração legislativa de direitos” sem status constitucional e os juízes tinham uma leitura do direito sob o foco da soberania do Parlamento, pois este só poderia sofrer invalidação dos seus atos em caso de inconstitucionalidade.¹⁵⁷ Com a criação da Carta, os direitos fundamentais foram elevados ao plano constitucional.

E em razão da preocupação com a dificuldade contramajoritária, foi elaborada a Seção 33 (cláusula não obstante) que deu ao Parlamento o poder de recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial por cinco anos. Aos temerosos com a supremacia judicial, esta cláusula era uma forma de institucionalizar uma resposta do legislativo, se opondo a posição do Tribunal. Os teóricos consideram que a Seção 33 é um elemento que integra a forma de a teoria constitucional canadense perceber o diálogo.

¹⁵⁵ TSUNET, Mark. Revisão Judicial Dialógica in GARGARELLA, Roberto. BERGALLO, Paola. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.**, 2014. Posição 2068. E-book

¹⁵⁶ VICTOR, 2013. *Op.cit.* 146-147

¹⁵⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Op.cit.* p. 144.

Foi instituído um modelo que evitasse o monólogo judicial viabilizando o diálogo entre a Corte e o Legislativo, sendo cabível o Parlamento superar a decisão judicial amparado pela cláusula não obstante (*notwithstanding clause ou override clause*), prevista assim na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá:

Exception express declaration

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 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(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.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).¹⁵⁸

Esta cláusula permite a superação legislativa da decisão do Tribunal em matérias concernentes aos direitos fundamentais. Assim, a prerrogativa do Parlamento em tornar a lei revisão imune ao controle de constitucionalidade pelo prazo de cinco anos restringe a supremacia judicial.

Além da cláusula não obstante, existe a possibilidade do Parlamento promulgar novas leis alternativas que permitam alcançar os objetivos da lei invalidada pelo Judiciário.

A ideia de que a revisão judicial produz um diálogo entre Tribunais e Legislaturas recebeu muito escrutínio no Canadá em razão da Carta Canadense permitir que a legislação comum imponha limites aos direitos interpretados pelo Tribunal promovendo o diálogo entre o Judiciário, o Parlamento e a sociedade, para debaterem os direitos de forma democrática.¹⁵⁹

Um dos impactos apontados da teoria do diálogo é o debate sobre o ativismo judicial canadense em questões como casamento homoafetivo e descriminalização da maconha,

¹⁵⁸ **Canadian Charter of Rights and Freedoms** disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>. Acesso 12 de agosto de 2019

¹⁵⁹ ROACH, Kent. **Dialogic Judicial Review and its Critics**. Supreme Court Law Review (2nd), Vol. 23, p. 50, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1144790>. Acesso 12 de janeiro de 2020

homossexualidade, as críticas ao Tribunal estariam lentamente mudando por tratar de questões que o Parlamento se omite.¹⁶⁰

Outros países instituem modelos dialógicos para superar as decisões judiciais, entre eles Reino Unido, Nova Zelândia e Colômbia. Nos dois primeiros há possibilidade do Legislativo vetar a interpretação da Corte Constitucional sobre direitos fundamentais.

No Reino Unido, o Parlamento promulgou a Lei de Direitos Humanos (Human Rights Act) de 1988 e incorporou a Convenção Européia de Direitos Humanos ao direito interno, dessa forma afastou-se da percepção de excesso pelo Judiciário tentando criar um equilíbrio institucional, responsabilizando tribunais e legislaturas na proteção e aplicação dos Direitos Fundamentais.

De acordo com a HRC, quando o Tribunal Superior considerar que a legislação em questão é incompatível com um direito da Convenção, pode apenas emitir uma declaração formal de incompatibilidade, mas cabe ao Tribunal anular essa legislação que continua válida. A declaração emitida não cria dever legal para o Parlamento, ou para o governo, mas possibilita o Ministro fazer uma ordem de reparação para que a legislação incompatível seja alterada.¹⁶¹

Na Nova Zelândia, é concedido ao Poder Judiciário dar as leis a interpretação de acordo com o *Bill of Rights* (Carta de direitos), quando for possível e a cabe ao legislativo dar a palavra final sobre o poder de interpretação do Judiciário. A Corte não pode retirar a legislação do ordenamento, nem negar a aplicá-la, inclusive em situações de desrespeito dos direitos humanos, mas podem buscar interpretações para a lei que neutralizem a vulnerabilidade dos direitos.¹⁶²

Este modelo é conhecido por controle fraco de constitucionalidade, segundo Mark Tushnet, ou novo modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*, na visão de Garbbaum¹⁶³.

O Tribunal Constitucional da Colômbia criou mecanismos para promover o diálogo entre os poderes, reunindo representantes de várias esferas do governo, empresas ou grupos de indivíduos que participam de determinado conflito que envolve casos de relevância institucional. O Tribunal estabelece diretrizes e prazos antes de impor soluções, a fim de possibilitar que o Parlamento possa resolver de acordo com seus critérios.¹⁶⁴

¹⁶⁰ *Ib.* p. 51

¹⁶¹ GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**. 49 *American Journal of Comparative Law*. p. 733. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=302401> . Acesso 30 de agosto de 2019

¹⁶² WALDRON, Jeremy. **Control de constitucionalidad y legitimidad política**, 2018, p. 13. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v27n1/0120-8942-dika-27-01-00007.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2019

¹⁶³ *Ib.* p. 710

¹⁶⁴ Gargarella, 2007, *Op.cit.* documento não paginado

GARGARELLA discorre sobre outras novidades dialógicas que podem contribuir com o ideal do diálogo constitucional. Além de citar o Canadá e o sistema da cláusula não obstante discorre sobre “direito de consultar”, mais ligado aos direitos indígenas, baseado na Convenção 169 da OIT e subscrito pela maioria dos países latino-americanos. Estabelece que é assegurado as comunidades afetadas por formas de exploração econômica o direito de serem consultadas cada vez que haja previsão de medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-las diretamente para que cheguem a um acordo acerca das medidas propostas.¹⁶⁵ No Brasil o caso Raposa Serra do Sol é um exemplo paradigmático de direito de consulta.¹⁶⁶

E por fim, outro modelo sugerido por GARGARELLA, que é abordado neste estudo, é o litígio estrutural ou litígio estratégico que envolvem situações graves de violações de direitos que acaba por implicar não apenas as partes envolvidas mas também representantes da sociedade civil que recorrendo ao litígio tentam impulsionar discussões difíceis e em alguns casos envolvendo violações de direitos que em algumas ocasiões o Parlamento se omite em legislar.

As críticas sobre a revisão judicial, supremacia judicial e supremacia parlamentar são caminhos que estimulam a busca por novas práticas que remodelassem o controle de constitucionalidade, assim como o papel dos Poderes institucionais e a própria Democracia.

O debate sobre a teoria dos diálogos institucionais, originado no mundo anglo-saxão do Direito, se estende por todos os lugares, inclusive na América Latina, buscando formas dialógicas que promovam a interação entre Tribunal e Parlamento, preservando suas competências ao mesmo tempo que assegurem um processo claro na construção das leis.

Este capítulo apresentou as ideias de WALDRON e DWORKIN referentes a revisão judicial e a supremacia parlamentar, assim como os pressupostos do diálogo constitucional e sua ligação com a democracia deliberativa por meio da teoria de GARGARELLA, HUBNER e BATEUP, no entanto não é tarefa simples, pois a ideia do diálogo constitucional obrigatoriamente passa por refletir sobre a interação entre o Judiciário e o Parlamento na

¹⁶⁵ Gargarella, 2014 *Op.cit.* p. 2356. E-book. Kindle

¹⁶⁶ Em 2005 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a petição 3388/RR contra a União requerendo a impugnação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e a suspensão liminar do decreto homologado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O caso teve repercussão nacional, envolvendo diversos setores da sociedade civil. Os Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Ayres Britto visitaram a reserva indígena e entrevista concedida ao site Migalhas, o Ministro Gilmar Mendes alegou que se tratava de um caso peculiar em razão disso a visita foi necessária como forma de “confirmar alguns juízos e conhecer a realidade peculiar”. O caso envolvia a retirada dos produtores rurais das terras indígenas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/61102/presidente-do-stf-fala-sobre-viagem-a-reserva-indigena-raposa-serra-do-sol>. Acesso 12 de janeiro de 2020

interpretação da Constituição e se torna mais desafiadora ao ampliar a participação popular na tomada de decisões.

3. LITÍGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO DIALÓGICO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

O litígio estratégico é usado como uma forma de dar visibilidade a disputas de grupos minoritários que buscam alcançar seus direitos. Nesse sentido são escolhidos casos paradigmáticos ou *hard cases* que permitam romper paradigmas e buscar soluções para questões coletivas de grupos vulneráveis, mediante causas judiciais, expondo condutas e estruturas que violam direitos e que provoquem um efeito significativo nas políticas públicas, na legislação e na sociedade.

É uma ferramenta útil para promover direitos não garantidos, seja por insuficiência do Estado, bem como para sua proteção eficaz a partir da reinvidicação de grupos prejudicados que podem recorrer aos tribunais em busca de justiça social.¹⁶⁷

A primeira construção teórica sobre Litígio Estratégico é atribuída a Jerome Frank em 1931, quando ele publicou seu artigo *Why not a clinical Lawyer-School*¹⁶⁸, questionando a ordem racional do direito e sua sistematização, separado da política, da moral e distante de qualquer elemento que não proveniente do direito positivo.

Compreendia que a educação jurídica deveria ter ressonância com a prática por meio do conhecimento da realidade, buscando a interação entre a sociedade e o processo de formação de juristas. A proposta inicial era basear-se no modelo educacional das faculdades de medicina, considerando como valioso o trabalho direto com casos reais.¹⁶⁹

3.1. Clínica de Direito – Precursora do Litígio Estratégico:

A essência do litígio estratégico se dá no âmbito das clínicas de Direito, que surgiram dentro das Universidades, a partir da década de setenta nos Estados Unidos e se espalharam pela América Latina em países como Colômbia, Chile, Argentina e Peru e tinham como objetivo promover transformações no ensino do Direito, visando formar melhor os advogados,

¹⁶⁷ Scott L. Cummings e Deborah L. Rhode. **Public Interest Litigation: Insights From Theory and Practice**, 2009, p. 606

¹⁶⁸ **Why not a clinical Lawyer-School.** disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5092&context=fss_papers acesso: 20 de mar. de 2019

¹⁶⁹ LONDOÑO, Beatriz. **Educacion legal clinica y litigio estrategico en Iberoamerica.** Ed. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Bogota, 2015

articular prática e sala de aula e somar a sensibilização dos estudantes para as questões sociais.¹⁷⁰

As clínicas de litígio ganharam força nos Estados Unidos a partir da década de setenta e desde o princípio buscavam potencializar a sensibilidade social de estudantes e profissionais, se tornando um espaço de práticas de litígio de interesse público¹⁷¹ e reflexão jurídica, trabalhando em casos reais de violações de direitos humanos com intuito de gerar consciência social de alunos e professores, interagindo em casos reais e não apenas hipotético.

A clínica é um espaço alternativo e inovador de ensino do Direito, que procura estimular competências alternativas dos estudantes e profissionais do direito para que, estes se desenvolvam como agentes de mudança social e que utilizem o conhecimento jurídico na defesa dos interesses públicos.¹⁷²

O ensino está focado no propositura de soluções integrais a problemas jurídicos complexos que de certa forma tenham impacto social, para isso realiza o litígio estratégico de alto impacto com o objetivo de construir soluções jurídicas que abrange diferentes áreas, a social, educativa, política, para que de forma integral atenda as necessidades da comunidade e dos casos.

Uma das intenções na criação dessas clínicas de ensino jurídico, segundo Londoño “es promover la responsabilidad social universitaria mediante el uso de los mecanismos de proteccion de los derechos humanos y del interesse publico, generando a su vez espacios de asesoria jurídica para la comunidad y de investigacion sobre temas publicamente relevantes”.¹⁷³

A necessidade de rever o ensino do Direito se dá em razão da crise dos sistemas políticos e ao novo sentido do papel do Estado de Direito e do impacto de massa dos direitos fundamentais e da reavaliação e reativação da concepção de direitos humanos e também pela crescente complexidade da sociedade¹⁷⁴.

¹⁷⁰ LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: Uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012 p. 112

¹⁷¹ A expressão “litígio de interesse público” é definida como “uma ação legal iniciada em um tribunal para a validação de um interesse público ou de um interesse geral em que o público, ou um grupo de pessoas da comunidade, detém algum interesse econômico ou outro, em relação ao qual seus direitos ou suas responsabilidades legais foram afetados.

¹⁷² MONTOYA, Lucas; VÁSQUEZ SANTAMARÍA, Jorge Eduardo. **La enseñanza clínica del Derecho transformando la forma de enseñar y ejercer el Derecho**. In Studiositas, vol.3, No 1, 2008, p. 34

¹⁷³ LONDOÑO, Beatriz. **Educacion legal clinica y litigio estrategico en Iberoamerica**. Ed. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Bogota, 2015 p. 36

¹⁷⁴ GONZALEZ MORALES, Felipe. **El Trabajo clínico em matéria de derechos humanos e Interés público em América Latina**. Cuadernos Deuste de Derechos Humanos. Universidade de Deusto. Bilbao. 2004, p. 28. Disponível em: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho27.pdf>. Acesso 02 de junho de 2019

3.1.2. O conceito de Litígio Estratégico:

Há diversos entendimentos para a expressão “litígio”, que significa disputa ou demanda, quando existe um conflito de interesses. Em linguagem jurídica é usado para caracterizar ações judiciais quando submetida a uma autoridade judicial.

O propósito da discussão neste trabalho é o litígio estratégico, que tem um impacto mais amplo, pois envolve graus superiores de hierarquia jurisdicional como os Tribunais Constitucionais ou esferas jurídicas internacionais, objetivando modificar pela via judicial a lei, as políticas públicas e também busca interpretar o direito constitucional ou internacional em áreas de difícil consenso legislativo.

O litígio estratégico é um desdobramento do direito de interesse público, este por sua vez, está diretamente relacionado ao acesso à justiça por pessoas marginalizadas política e/ou economicamente.¹⁷⁵ Consiste em um remédio para tratar das falhas na garantia de direitos, assim como os processos de deliberação, recorrendo aos tribunais com temas excluídos pelos demais poderes de forma injustificada.

O direito de interesse público é definido com formas de ações individuais ou coletivas que buscam a transformação estrutural das instituições estatais em relação ao respeito dos direitos reconhecidos pela Constituição¹⁷⁶.

Dentro das possibilidades de ações de direito de interesse público (campanhas de conscientização, mobilização e educacionais em torno dos direitos, *lobby* legislativo etc), o litígio estratégico é considerado uma via mais hábil para provocar transformações sociais.

O propósito do litígio estratégico de interesse público é provocar mudanças estruturais políticas, econômicas e sociais para além de casos individuais, utilizando-se de meios legais de combate a injustiças que não foram adequadamente tratadas na lei ou na política, sendo um meio para que as pessoas afetadas por violações de direitos sejam ouvidas, desencadeando a discussão dessas violações e destacando as deficiências da lei ou a sua omissão. O desenvolvimento de leis e mudanças de paradigmas é o intuito.

¹⁷⁵ CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Fórum, 2012, p. 43

¹⁷⁶ BERGALLO, Paola. **Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina**. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 45, 2005, p. 01.

“Litígio estratégico”, “litígio de impacto”, “litígio paradigmático” são expressões utilizadas, que surgem de práticas diferenciadas de litígio, não apenas relacionada a advocacia em direitos humanos.¹⁷⁷

Nos sistemas modernos de justiça o litígio estratégico pode ter um lugar chave, afinal, o que se propõe é alcançar além de uma simples disputa entre particulares, dar visibilidade a casos de grupos menos favorecidos, buscando romper paradigmas e alcançar soluções coletivas para grupos em situação vulnerável. Por ser o litígio estratégico um instrumento que envolve a interdisciplinariedade, não há uma definição única sobre seu conceito.

CORREA refere-se ao litígio de alto impacto como:

“El ejercicio del litigio de alto impacto, como forma alternativa pra enseñar y ejercer el derecho, consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo em las políticas públicas, la legislación y la sociedade civil de un Estado o región. És un processo de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales y a partir de allí promover casos concretos para alcançar soluciones integrales a tales problemáticas sociales, para lograr câmbios sociales sustanciales”.¹⁷⁸

O litígio está num contexto de defesa das causas sociais, com objetivo de resolver causas concretas de violações de direitos mas também produzir efeitos legais e sociais¹⁷⁹.

Segundo CARDOSO, o litígio estratégico busca por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramenta para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Nada mais é do que um meio de obter transformações sociais, utilizando-se do Poder Judiciário.¹⁸⁰

O litígio de impacto difere da advocacia tradicional, pois não se limita à solução de caso concreto com reparação da vítima, e o resultado do caso não beneficiará apenas um indivíduo, mas terá ramificações na medida que exista potencial para modificar ou criar novas leis ou dar

¹⁷⁷ CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Fórum, 2012, p. 41.

¹⁷⁸ CORREA, Lucas. **Litígio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho**, 7 Opinión Jurídica, No 14, 149-162, 149 (2008). Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94512646010> . Acesso em 13 de março De 2019

¹⁷⁹ LOSEKANN, Cristiana. **Tipificando os efeitos de litígios entre empresas e movimentos sociais**. Homa Pública. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. V.1 Nov/2016. <http://homacdhe.com/journal/2018/04/09/tipificando-os-efeitos-de-litigios-entre-empresas-e-movimentos-sociais/>. Acesso 01 de abril de 2019

¹⁸⁰CARDOSO, *Op.cit.* p. 41

uma interpretação inovadora. Pode ser diferente da advocacia orientada ao cliente, *client-oriented*, sendo mais caracterizada como *issue-oriented* ou *police oriented*¹⁸¹.

CARDOSO explica:

Basicamente a primeira vale-se do direito para atender às demandas e aos interesses do cliente. A segunda busca o impacto social que o caso pode trazer, como o avanço jurídico em determinado tema, aplicando o método do litígio estratégico. Com esse fim, as entidades de advocacia *policy-oriented* costumam ter um trabalho preliminar de escolha do caso paradigmático, conforme o seu potencial impacto social no tema ou na política tidos como prioritários na agenda da entidade. Este trabalho as entidades *client-oriented* não costumam ter, pois atendem a um determinado público, conforme a demanda ou os limites orçamentários da entidade.¹⁸²

Nessa metodologia, a advocacia *issue* ou *policy oriented* desenvolve um trabalho preliminar na escolha de casos paradigmáticos, considerando o impacto social em relação as políticas que estejam relacionadas.

Há uma intenção estratégica de reivindicação política e transformação social em áreas sensíveis com o intuito de impulsionar novas demandas voltado a novos direitos. É utilizado por atores sociais, que se articulam para reinvidicar novo sentido das leis perante o judiciário como também viabilizar o diálogo entre as instituições e sociedade.

Diante da estratégia de litigação é necessário flexibilidade e consideração das mudanças sociais para que essas possam interferir no sentido da lei.

O litígio estratégico é uma ferramenta que procura atuar de forma a ampliar o debate sobre questões sensíveis, não apenas limitadas à arena judicial, mas também a arena política e social. conclamando a uma interpretação judicial que redefinição os direitos previstos em constituições, estatutos e tratados para tratar das violações do governo e da sociedade.

Deve ser capaz de chamar atenção aos abusos e violações de direitos humanos e ressaltar a obrigação do Estado em cumprir suas obrigações nacionais e internacionais. Nem toda violação deve ser tratada pela via do litígio, mas a atenção deve ser em situações que há divergência entre o direito interno e parâmetros internacionais, não há clareza acerca do direito existente ou a lei é reiteradamente aplicada de maneira inexata ou arbitrária.¹⁸³

¹⁸¹ Informações complementares sobre este tipo de advocacia e litígio estratégico, consultar o capítulo 2 do livro sobre litígio estratégico em discriminação racial na Europa, realizado pelo ERCC (Europe Roma Rights Center) – Intersights (The international Centre for the legal Protection of Human Rights) (ERRC, INTERSIGHTS, MPG, 2004, pp. 33-65). Disponível em: http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationfRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice_2004.pdf. Acesso em 20 de março de 2019

¹⁸² CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Fórum, 2012 p.41, 2012,

¹⁸³ CONTRERAS, *apud* BAKER, E.; CARVALHO, S. **Experiências de litígio estratégico no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed V1

DUQUE aponta alguns critérios para o qual a litigância estratégica deve servir:

“El litigio estratégico puede servir para: i) develar y exponer patrones de conducta ilegales o arbitrarios y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; ii) promover derechos no garantizados por deficiencias de la administración pública, lo que permitirá hacer efectivas las conquistas logradas a nivel legislativo o en el plano político; iii) denunciar políticas públicas que contradicen estándares internacionales en derechos humanos, sea porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan derechos humanos; iv) presionar para que la Función Judicial incluya en su agenda temas relacionados con los derechos humanos; v) abrir nuevas vías de participación, fortaleciendo la capacidad de acción de las organizaciones; vi) lograr un cambio para personas em situación similar; vii) aumentar la toma de conciencia y generar debate público.”¹⁸⁴

O litígio estratégico é um tema ainda pouco estudado e está relacionado com a construção permanente das instituições e ampliação e democratização do acesso à justiça e o fomento de novas estratégias judiciais.

São diversas as formas do litígio alcançar seus objetivos, entre elas estão criar uma jurisprudência progressiva que avance os direitos humanos, instigar a reforma das leis que não cumpram o direito internacional, garantir a interpretação e aplicabilidade adequada da lei, constituições e tratados para substanciar ou redefinir o direito, resgatar leis favoráveis subutilizadas ou ignoradas assim como recorrer a normas do direito internacional.¹⁸⁵

Nem sempre o uso da técnica é focado em ganhar a causa, pode ser uma estratégia para contribuir com a clarificação do sistema legal, fornecendo base para futuras reformas do governo e dos parâmetros legais. O objetivo poderá visar a exposição ou documentação da injustiça institucionalizada, mesmo quando o processo provavelmente não terá êxito. A decisão poderá não ser favorável, mas poderá provocar o debate político, pois ao visar o impacto social, o litígio envolve não apenas os órgãos judiciais mas os tomadores de decisão, os gestores e formuladores de políticas públicas e a própria sociedade.

Dentro da perspectiva estritamente política, consiste em submeter ao Poder Judiciário conflitos que estão ausentes da agenda dos poderes políticos, como modo levar a discussão pública dando visibilidade e incidindo na construção de uma agenda política e no desenho de políticas públicas. Além de transmitir demandas ao Estado, fiscalizar e dialogar com as diferentes esferas de poder.

no 20, 2014 p. 467. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007397-experiencias-de-litigio-estrategico-no-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos>. Acesso em 20 de março de 2019

¹⁸⁴ DUQUE, CESAR. **¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?** Aportes Andinos – Revista de Derechos Humanos. Ecuador, 2014 p. 13. Disponível em: <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/AA35.pdf>. Acesso em 20 de março de 2019

¹⁸⁵ EERC p. 36

3.1.3. Panorama do Litígio Estratégico na América

Na América Latina a difusão do “direito de interesse público” tardou em razão dos regimes autoritários. Neste contexto o uso do Poder Judiciário para promover mudanças sociais não era uma prática. Foi a partir da democratização dos países da região que a ideia se expandiu, a previsão constitucional de direitos humanos colaborou para uma cultura de “direito de interesse público”, resultando também na mobilização de atores sociais.¹⁸⁶

Segundo Cardoso a construção de uma agenda progressista de direitos era recente e tinha relação com a construção de um discurso internacional dos direitos humanos, dos organismos internacionais de proteção, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e da Organização da Nações Unidas (ONU).¹⁸⁷

Para PIOVESAN a abertura democrática dos países latino americanos colaboraram com a criação de Constituições que se tornaram marcos jurídicos de transições democráticas e institucionalização de direitos, essa abertura constitucional propiciou maior diálogo entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, favorecendo as ações de litígio estratégico.¹⁸⁸

É a partir desse contexto que a mobilização para levar ao poder judiciário casos de defesa de direitos fundamentais, relacionados a desaparecimento força e torturas, defesa de presos políticos, conflitos armados, situações comuns em países da América do Sul que estavam sob a ideologia da segurança nacional e suspensão de liberdades e garantias individuais¹⁸⁹. Essas atuações não podem ser denominadas como litígio estratégico, mas foi um trabalho precursor com a democratização.

Com o desenvolvimento da agenda progressista e a inclusão dos sistemas internacionais de proteção ao direito interno surgem as organizações regionais especializadas em litígio estratégico em países como Chile, Argentina, Peru que se dedicam em litigar em situação específicas como prevenção de tortura, liberdade de expressão, direitos econômicos e sociais e

¹⁸⁶ CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Fórum, 2012, p. 3.

¹⁸⁷ Id **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**, 2012. p. 50. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php>. Acesso em 20 de março de 2019

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O impacto do Sistema Interamericano**, in *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 5. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_36_2016.pdf. Acesso 10 de julho de 2019

¹⁸⁹ CARDOSO, *Op.cit* p. 511

culturais. Assim como há outras que litigam exclusivamente em casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O CEJIL¹⁹⁰ – *Centro por la justicia y el Derecho Internacional*, é uma organização que desenvolve atividades em diferentes países da América Latina e atua diretamente em casos levados a CIDH, com o objetivo de reparação de danos causados além de provocar reformas das políticas litigância estratégica.

Ainda há, o *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) na Argentina, a Comissão Colombiana de Juristas e a Fundação Myrna na Guatemala.

Da mesma forma, diversas universidades contam com clínicas de litígio desenvolvendo suas atividades em temas específicos. Por exemplo a clínica jurídica da Universidade de Arizona, ligando casos relacionados com direitos dos povos indígenas; a Universidade da Califórnia, que se especializa em casos que envolvam direitos econômicos, sociais e culturais e especialmente em direito a educação.¹⁹¹

No Chile, a Clínica Jurídica de Universidade Diego Portales¹⁹², é especializada em casos relacionados a liberdade de expressão e proteção de direitos das pessoas portadoras de HIV. No Equador, a Universidade de San Francisco¹⁹³ e a Clínica da Universidade de Palermo¹⁹⁴, na Argentina, litigam em casos que envolvem diversos temas de direitos humanos.

3.1.4. O Litígio Estratégico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Nas últimas décadas muito tem se falado a respeito do desenvolvimento da legislação internacional e dos sistemas regionais de direitos humanos. Assim, recorrer ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em casos de litígio estratégico se intensifica aumentando o número de casos paradigmáticos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁹⁰ O CEJIL se caracteriza por um grupo de defensores e defensoras de direitos humanos que trabalham para reduzir a desigualdade, a discriminação e a violência fortalecendo a democracia a proteção e a promoção dos direitos humanos. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/quienes-somos>. Acesso em 22 de mar. de 2019

¹⁹¹ CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez; COVELLI, Tatiana Rincón; MARTÍNEZ, Silvano Cantú. **Litígio Estratégico em Derechos Humanos**. Modelo para armar. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), México, 2011 p. 21 Disponível em: <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>. Acesso 21 de março de 2019

¹⁹² Disponível em: <https://clnicasjuridicas.udp.cl>. Acesso em 22 de março de 2019

¹⁹³ Disponível em: http://www.usfq.edu.ec/programas_academicos/colegios/jur/Paginas/Servicios-Legales.aspx. Acesso em 22 de mar. de 2019

¹⁹⁴ Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/facultad/clinicas_juridicas/index.html. Acesso em 22 de março de 2019

O sistema regional de proteção é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira tem a competência de promover e proteger os direitos humanos na América fazendo recomendações aos governos dos Estados-partes para adoção de medidas a proteção dos direitos¹⁹⁵. Já Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão jurisdicional do sistema regional tem atribuição consultiva e contenciosa e possibilidade de analisar a compatibilidade dos tratados e instrumentos internacionais com a legislação doméstica dos Estados partes.¹⁹⁶

A litigância estratégica na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se dá pelo fato de que no âmbito doméstico muitos casos não tiveram êxito e incorporação deste método como estratégia, poderá produzir jurisprudência no sistema interamericano e causar impacto interno nos países.

O Brasil, assim como países com Peru, Chile e Argentina, já foi acionado e responsabilizado perante estes órgãos por diferentes razões, e muitos dos casos apresentados à Corte conseguiram provocar mudanças estruturais tanto na atividade legislativa quanto na elaboração de políticas públicas.

Uma experiência frutífera de Litígio Estratégico é o caso *Maria da Penha vs. Brasil*.¹⁹⁷ A denúncia apresentada à Comissão Interamericana alegou tolerância do Estado Brasileiro a violência que Maria da Penha foi submetida por anos com histórico de agressões e tentativa de homicídio por parte do cônjuge.

Como Estado brasileiro se omitiu em responder as indagações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos os fatos relatados foram presumidos como verdadeiros, em razão disso a Comissão declarou a omissão e a negligência do Estado e além da obrigação de indenizar a vítima, recomendou intensificação de medidas para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito a violência doméstica, a capacitação e sensibilização dos agentes e simplificação dos procedimentos judiciais para reduzir o tempo processual e ampliação de delegacias da mulher.¹⁹⁸

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Saraiva, 2013 p.335

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 342

¹⁹⁷ Caso no 12.051/OEA. Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 22 de mar. de 2019

¹⁹⁸ Relatório No 54/01, publicado em 16 de abr. de 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 20 de março de 2019

O relatório da Comissão ganhou repercussão internacional tornando-se um documento indispensável para entender a violência contra a mulher e as recomendações nele contidas provocaram o Estado brasileiro a sair da inércia.¹⁹⁹

A partir disto foi constituído um consórcio nacional de entidades feministas formado por Organizações Não-Governamentais (ONGS) que trabalhavam com a violência doméstica para exigir resposta do Governo brasileiro. Na sequência foram envolvidos órgão estatais e criado um Grupo de Trabalho Interministerial coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e elaborou-se o projeto de Lei, por iniciativa do Executivo, enviado ao Congresso Nacional em dezembro de 2004, sendo finalmente sancionada a Lei nº 11.340/2006.²⁰⁰

A decisão produziu inúmeros efeitos no âmbito interno, envolvendo a sociedade civil, e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Desde então o Estado vem implementando as medidas necessárias e adotando políticas públicas que estão previstas na lei. Este caso, caracterizado como um *police oriented*, é um dos exemplos de como a litigância estratégica pode trazer efeitos práticos importantes de ordem interna, provocando mudanças estruturais por meio da atividade judicial e promovendo a elaboração e implementação de políticas públicas.

Outro caso emblemático de litigância estratégica na Corte Interamericana é caso *Barrios Altos vs Peru*,²⁰¹ apresentada à Corte em razão da promulgação e aplicação da lei de anistia geral, incluindo militares, policiais civis envolvidos na execução de 15 pessoas no período ditatorial peruano. Houve a condenação do Peru para reabrir as investigações judiciais do caso.

Esta decisão, apresentou um impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, tornando-se um precedente para os Casos *Gomes Lund e outros vs. Brasil* e em âmbito interno, influenciou a Corte Suprema da Argentina a anular as leis de ponto final (Lei nº. 23.492/86) e obediência devida (Lei nº. 23.521/87).²⁰²

¹⁹⁹ RODRIGUES, S. A *et. al.* **Litigância Estratégica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os seus efeitos estruturais no Brasil**, in AMARAL, A.; PIOVESAN, F. e DANESE, P. M.(orgs). **50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas** – Juspodium, 2020 p. 165

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.23

²⁰¹ *Barrios Altos vs. Peru*. Julgado em 14/03/2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Acesso em 20 de março de 2019

²⁰² La ley 23.492 (Punto Final) y la ley 23.521 (Obediencia Debida) establecen la impunidad (extinción de la acción penal y no punibilidad) de los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática. Estas normas se oponen a principios jurídicos reconocidos universalmente y trastocan gravemente al sistema de valores en el que se apoya nuestro sistema jurídico. La contradicción de esas leyes con dicha normativa ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a declarar su inconstitucionalidad. Disponível em: http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csn_caso_poblete.pdf. Acesso em 20 de março de 2019

Da atuação da CIDH, nestes casos de repercussão citados e outros, emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, o diálogo com os sistemas nacionais, que abrange o controle de convencionalidade trazendo um novo paradigma para a cultura jurídica, somando os parâmetros constitucionais aos convencionais, e o diálogo com a sociedade civil, ao dar legitimação social ao sistema interamericano²⁰³.

O controle de convencionalidade não é objeto de estudo neste trabalho, porém o diálogo entre os sistemas é significativo em razão disso não se pode deixar de citar uma importante discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal sobre ele.

No julgamento do HC nº 87.585- TO²⁰⁴ e RE nº 466.343-SP²⁰⁵, que tratava sobre a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, foi proferido o entendimento em relação ao *status* dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tendo vencido a tese do Ministro Gilmar Mendes, sustentado o valor supralegal dos tratados. Essa decisão mostra que o diálogo jurisdicional entre SIDH e o STF se fez necessário.

A ideia deste tópico foi ilustrar como o litígio estratégico é desenvolvido nos casos apresentados à Corte Interamericana de Direitos Humanos e como as decisões contribuíram para mudanças legislativas e estruturais no âmbito doméstico dos Estados parte.

3.1.5. Litígio Estratégico no Brasil

A partir da promulgação da Constituição de 1988 o país começa a ter um ambiente legal para adotar os direitos fundamentais como um dos princípios democráticos, abrindo espaço para tratados internacionais, legislando causas importantes como direitos da criança e adolescente, igualdade entre homem e mulher, direito à saúde e a educação entre outros.

Mesmo que insuficiente, a democracia fez o Brasil avançar em termos de aprovação de novas leis, consolidação de espaços de debates junto às esferas de poder, no entanto há questões ainda não resolvidas, com ausência de leis ou inaplicabilidade delas que agregadas ao cenário adverso para os direitos humanos no país, torna-se um terreno fértil para o uso da litigância estratégica.

Para avançar na agenda de direitos humanos, o litígio estratégico tem sido utilizado pelas organizações para recorrer ao judiciário e também aos organismos internacionais de

²⁰³ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O impacto do Sistema Interamericano**, in Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 1. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_36_2016.pdf. Acesso 10 de julho de 2019

²⁰⁴ HC 87.585-TO Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio julgado em 03/12/2008

²⁰⁵ RE 466.343-SP Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008

proteção e monitoramento de direitos como a ONU e a Organização dos Estados Americanos (OEA), a fim de obter reparação de direitos, avançar na elaboração e execução de políticas públicas ou também como estratégia de promoção do debate interno (este é um recurso muito utilizado quando se recorre às organizações internacionais).

Existem, há alguns anos, organizações da sociedade civil e um número tímido de “clínicas de direito” das Universidades que atuam na litigância estratégica, no entanto ainda são incipientes quando comparados a outros países da América.

As clínicas de direito têm um caráter interdisciplinar e pretendem desenvolver habilidades, capacidade argumentativa e analíticas no estudante de direito. Diferente da educação jurídica tradicional, a educação clínica dá enfoque a uma prática jurídica focada em situações reais.²⁰⁶

As clínicas de direito que desenvolvem litigância estratégica não focam apenas em instâncias como Supremo Tribunal Federal, mas também na jurisdição ordinária, buscando efetivação de direitos que envolvem o direito a moradia, sistema sócioeducativo, direito territorial e meio ambiente. E podem desenvolver parcerias entre Organizações não governamentais (ONG's) e os núcleos de advocacia popular de universidades.²⁰⁷

Na atuação direta no Supremo Tribunal Federal participaram: a Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama²⁰⁸, do Curso de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, a Clínica de Litígio Estratégico da Fundação Getúlio Vargas²⁰⁹, a Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).²¹⁰

Na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF²¹¹, a Clínica de Direito Fundamental da UERJ, por meio de seus advogados, representou o requerente da ação, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A Clínica de Litígio Estratégico da FGV, atuou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581²¹² como *amicus curie*, representando o IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e em parceria com a Clínica Luiz Gama da USP, atuaram na ADPF nº 347/DF, elaborando o *amicus curie* para o Instituto Pró-Bono.

²⁰⁶ LAPA, *Op.cit.* p. 81

²⁰⁷ Para informações complementares acessar “Litigância Estratégica em Direitos Humanos Experiências e reflexões”, relatório elaborado pelo Fundo de Direitos Humanos com a colaboração da Fundação Ford que atuou como agência financiadora das organizações que trabalham com litígio estratégico. Disponível em: <https://fundodireitoshumanos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>.

²⁰⁸ Disponível em: <https://luizgama.wordpress.com>. Acesso 2 de abril de 2019

²⁰⁹ Disponível em <https://direitosp.fgv.br/clinica-direitos-humanos-empresas>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹⁰ Disponível em <http://uerjdireitos.com.br/>. Acesso 2 de abr. de 2019

²¹¹ ADPF 374, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹² ADI 5581, Pleno, Relatora Ministra Carmém Lucia disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso 2 de abril de 2019

Como representantes das organizações da sociedade civil, que desenvolveram o trabalho de litigância estratégica em ações no Supremo Tribunal Federal: Conectas-Direitos Humanos²¹³, MOVITAE - Movimento em Prol da Vida²¹⁴, Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero²¹⁵, EducaAFro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes²¹⁶, Centro Latino Americano – Sexualidade e Direitos Humanos²¹⁷.

O fenômeno que se observa no Brasil, apesar de tímido quando comparado aos outros países, é que as organizações da sociedade civil e as clínicas de direitos criadas nas universidades têm participação constante nos casos de litigância estratégica, utilizando esta como ferramenta cada vez mais frequente na busca de direitos.

Há uma relação interinstitucional entre as organizações da sociedade civil e as clínicas de direito, um trabalho de apoio e orientação mútua, pois o litígio estratégico é interdisciplinar, reafirmando o fortalecimento e a participação social nos casos de litigância estratégica.

Essa interdisciplinariedade do Litígio Estratégico somado ao caráter dialógico que envolvem diferentes atores é o que o faz ser apontado pelo constitucionalista argentino Roberto GARGARELLA, como uma novidade "dialógica", que apesar de se enquadrar dentro do modelo tradicional de freios e contrapesos, é um recurso que pode ser considerado como resposta em consonância com os ideais do diálogo constitucional.

3.2. Casos paradigmáticos de litigância estratégica no Supremo Tribunal Federal

Tendo em vista o objetivo do presente estudo foram selecionados quatro casos de litigância estratégica levadas ao Supremo Tribunal Federal para análise de controle de constitucionalidade. Estes casos se caracterizam por buscar a via judicial como meio de reivindicação política visando não apenas uma resposta judicial mas busca-se que esta gere um impacto na sociedade.

A escolha do Litígio Estratégico se deu em razão de que este método é considerado uma ferramenta do constitucionalismo dialógico que possibilita, pela via judicial, ampliar o debate sobre questões constitucionais sensíveis, não limitando apenas a esfera jurídica, mas também, à arena política e social.

²¹³ Disponível em: <https://conectas.org/>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹⁴ Disponível em <https://movitae.bio.br>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹⁵ Disponível em <https://anis.org.br>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹⁶ Disponível em <https://www.educafro.org.br/site/>. Acesso 2 de abril de 2019

²¹⁷ Disponível em <http://clam.org.br/>. Acesso 2 de abril de 2019

Ações de controle de constitucionalidade levantadas se referem a: (i) ADI nº 3510/DF (Lei de Biossegurança); (ii) ADPF nº 132/RJ (Casamento Homoafetivo); (iii) ADPF nº 347/DF (Estado de Coisas Inconstitucional); (iv) ADO nº 26/DF (Criminalização da homofobia).

O diálogo a que este trabalho se refere, consiste em identificar que tipo de resposta para superar a decisão foi dada pelo Poder Legislativo, em especial pela Câmara dos Deputados. Primeiramente, o recorte realizado no discurso dos Ministros foi direcionado àqueles que apontassem algumas reflexões sobre a relação e a interlocução entre os Poderes, estimulando o debate sobre o diálogo institucional.

Por meio do *site* da Câmara dos Deputados consultou-se as propostas legislativas apresentadas antes (ainda em tramitação) e após a decisão da Corte. Levantaram-se cento e treze propostas legislativas, sendo onze Projetos de Lei e um Projeto de Emenda Constitucional. O impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal é feito por meio da análise dos projetos de lei e a leitura das justificativas para detectar uma possível vinculação com a decisão do Supremo.

A partir de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal buscou observar-se a existência algum caso de correção legislativa por meio de: a) edição de nova lei; b) prazo dado pela Corte para resolver a omissão legislativa (fixando um prazo com definição da consequência jurídica, caso o legislativo não pratique o determinado); c) sugestão proposta de emenda constitucional.

3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3510/RJ (Lei de Biossegurança)

A ADI nº 3510/RJ²¹⁸, julgada em 29/05/2008, foi proposta pelo Procurador Geral da República, contra o bloco do artigo 5o da Lei nº 11.105/2005²¹⁹ (Lei de Biossegurança) que tratava da aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Para o autor, a vida começaria na fecundação, portanto já existia vida no o embrião *in vitro* e

²¹⁸ Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 29/05/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AD I%20/%203510>. Acesso em 20 de outubro de 2019

²¹⁹ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

questionava as pesquisas com células-tronco embrionárias frente aos avanços mais promissores das pesquisas com células troncos adultas. Fundamentava que o artigo 5º da lei afrontava os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito a vida e da dignidade da pessoa humana.

Apesar desta ADI ser proposta pela Procuradoria Geral da República, as entidades da sociedade civil, com representatividade social como Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – (CDH) Movimento em Prol da Vida (Movitae), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e a Confederação Nacional dos Bispos dos Brasil (CNBB), foram admitidas no processo na posição de “amigos da corte”, possibilitando a cada uma utilizar do litígio estratégico para promover o debate sobre o referido tema.

O julgamento se baseou nos seguintes paradigmas normativos da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana (art. 1o, inc.III); inviolabilidade do direito a vida (art. 5o, *caput*), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5o, inc. IX); (direito à saúde (art. 6o); dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196); dever do estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218); paternidade responsável (art. 227).

Durante a votação, alguns dos Ministros trouxeram argumentos sobre inércia legislativa assim como debateram sobre o papel do Supremo Tribunal nesta seara.

A Ministra Ellen Grace traz ao debate que, apesar de relevante a discussão sobre a reprodução assistida e da de alguns projetos de lei em tramitação, essa matéria nunca foi objeto de regulamentação, existindo apenas a resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina. Havendo, portanto, um cenário lacunoso em 2005, quando o legislador foi chamado a deliberar sobre a utilização dos embriões.²²⁰

A Ministra Carmem Lúcia questiona uma afirmação feita por um dos advogados na tribuna que argumenta não haver muito a fazer, pois não existiria vazio legislativo sobre a matéria e questiona a legitimidade do Poder Judiciário ao afirmar a inconstitucionalidade de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo apoiada pelo povo e pela comunidade científica. A ministra alega que os Poderes desempenham competências determinadas pela Constituição e cabe aos juízes terem independência para defender a Carta e os direitos individuais das minorais em situações que a maioria instigue o legislativo.²²¹

²²⁰ ADIN nº 3510 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 29/05/08. p.216

²²¹ ADIN nº 3510 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 29/05/08. p.329

O argumento da Ministra corrobora como pensamento de Medeiros que considera que a Jurisdição Constitucional é afirmação ao princípio da Separação de Poderes. Isto porque ao impedir a concentração de poder excessivo nas mãos de um só órgão, a Jurisdição Constitucional garante a regularidade do funcionamento de diferentes órgãos. Para o autor, a atividade do Legislador Negativo está subordinada a Constituição, portanto o veto jurídico de inconstitucionalidade pelo Supremo está sob os limites da própria Lei Maior. Assim, está legitimado que o Tribunal Constitucional exerça o controle dos atos do Poder Público, no qual as atividades legislativa, executiva e judiciária são criadas devidamente condicionadas pela vontade constitucional.²²²

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes explana sobre a importância do papel contramajoritário do Supremo em face do legislador, sem restringir a competência jurisdicional e exalta que dentro da competência de dar a última palavra sobre quais os direitos protegidos pela Constituição Federal os Tribunais Constitucionais, quando provocados, atuam sem provocar ruptura da ordem institucional e democrática mesmo decidindo questões da sociedade que caberiam ao Parlamento.

Considera que o Supremo Tribunal Federal, tal como o parlamento, pode ser um lugar de anseio social e pluralismo, político, ético e religioso principalmente nas audiências públicas e *amicus curiae* que se permitem um espaço de debate com contribuições jurídicas e sociais relevantes. Para o Ministro a participação do Ministério Público, como representante da sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, fazem da Corte um espaço democrático com grande repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.²²³

Ao pontuar que o debate da Lei de Biossegurança não encerrou na casa parlamentar, sendo renovado pelo autor da ADI e levado à Corte, resgata o pensamento de Robert Alexy, o qual diz que “o parlamento representa o cidadão politicamente, e o tribunal argumentativamente.”²²⁴

A matéria em discussão envolvia conhecimento científico, percepção social, questões morais e religiosas e por esta razão diversas entidades sociais foram admitidas como *amicus curiae*, representando diversos grupos— pesquisadores, pacientes, igreja, etc.

²²² MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **A Jurisdição Constitucional como Instrumento de defesa dos Direitos Fundamentais**. PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.3, n, 2, p. 350-366, jul./dez.2006. p.356

²²³ ADIN nº 3510 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 29/05/08. p.597/598

²²⁴ ADIN nº 3510 Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 29/05/08. p.600

A partir das controvérsias e da busca de legitimidade com base em conceitos técnicos, científicos e abertura da participação da sociedade foi convocada a primeira audiência pública no Supremo. No entanto, não tiveram o²²⁵ engajamento de uma prática dialógica, pois os participantes não dialogavam entre si.

O Relator Ministro Carlos Ayres Britto votou pela improcedência da ação, e foi acompanhada pelo demais ministro e assim o Supremo Tribunal considerou improcedente a ação, considerando constitucional o artigo questionado, com ausência de indicação para correção legislativa.

Nos votos dos Ministros observam-se comentários sobre a inércia legislativa e legitimidade, no entanto este caso teve deliberação política, a manifestação no Congresso nacional teve votação expressiva tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi extensivamente discutido no Congresso. Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal frente as deliberações no Parlamento, o Ministro Barroso afirma que observados os valores e fins constitucionais cabe à lei, ser estabelecida pela escolha entre as diferentes alternativas que caracterizam a sociedade plural, devendo o Supremo Tribunal ser deferente com as deliberações do Parlamento.²²⁶

A atuação do Supremo chamou a atenção justamente porque foi considerado que houve um avanço na fronteira da jurisdição constitucional alcançando a legitimidade do Congresso. BARROSO considera que o julgamento da ADI nº 3510/DF acenou um deslocamento da agenda do Legislativo para o Judiciário também provocada por uma crise de representatividade e legitimidade, uma vez que o caso sobre as células troncos teve mais visibilidade e debate público quando levado à Corte.²²⁷

Gilmar Mendes, em seu voto, caracteriza o Tribunal como um lugar de pluralismo político, social e religioso justificando-se com a explicação de Alexy que considera que há uma representação política e argumentativa que precisam ser distinguidas e partem do princípio fundamental de que o poder estatal se origina do povo.²²⁸

Para ALEXY o Tribunal Constitucional também funciona como representação do povo, tendo a competência de atuar quando a imposição da maioria possa determinar os acontecimentos que afetem as minorais ou influenciem em casos que envolvam outras

²²⁵ VALLE, *Op.cit.* 70

²²⁶ BARROSO, 2012 *Op.cit.* 28

²²⁷ Id. 2012 p. 27

²²⁸ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático.** *Revista de Direito Administrativo*, 199. p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2020.

relações de poder, inclusive econômicas. O Tribunal Constitucional é uma instância de reflexão do processo político que, quando inclui a coletividade e o legislador, sinaliza uma reconciliação entre os direitos fundamentais e a democracia²²⁹.

WALDRON, um contumaz crítico do controle de constitucionalidade, não rejeita a característica “quase” democrática dos Tribunais, pois também considera que podem ser um ponto de acesso ao sistema político que possibilite debates participativos da comunidade, mas ressalva que as decisões tomadas pelo juízes não podem ser vistas como fórmula para desaparecer a dificuldade democrática,²³⁰ no entanto considera que a construção das políticas também acontece pela divergência política por meio do debate e do diálogo. O confronto de ideias dá capacidade aos sistemas político e jurídico de gerarem apoio para a implementação de leis, mesmo por parte daqueles que se opunham.

O debate sobre a pesquisa com células tronco, levado ao STF pela ADI no. 3510/DF deu ao Tribunal a uma visibilidade pública maior e ampliou a participação da sociedade civil por meio do *amicus curie* além de inaugurar o uso das audiências pública como meio de buscar legitimidade não só no conhecimento científico, mas também na percepção social sobre o assunto,²³¹ trazendo grupos contrários e a favor da liberação da pesquisa o que definitivamente indica uma abertura democrática e politiza o debate jurídico na Corte.

Apesar da Lei de Biossegurança ter sido aprovada com ampla maioria parlamentar o Supremo Tribunal se considerou legitimado para rever a escolha feita pelo legislador, desconsiderando a deferência apontada pelo Ministro Barroso, que na época do ADI era advogado das partes. Especificamente neste caso, o argumento foi afastado pela Corte. Em seu voto, a Ministra Carmen Lucia argumenta que havia legitimidade do Tribunal para examinar a ação. O Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva previamente realizada pelo legislador.²³²

Na visão de WALDRON, quando o Poder Judiciário se vê capaz de ter uma solução superior a Legislativa a equidade democrática, que deveria ser a fonte da legitimidade do controle constitucional, se perde.

Um dos pressupostos da teoria dialógica é a participação da sociedade no debate, em razão disso não há de se considerar negativa, no entanto, o desafio é equilibrar as decisões frente

²²⁹ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. *Revista de Direito Administrativo*, 199. p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2020.

²³⁰ WALDRON, 2018 *Op.cit.* p. 21

²³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review**. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 1,n 3, p. 70, set/dez. 2014

²³² VILHENA, 2008. *Op.cit.* p.452

aos impactos políticos assim como ter uma relação horizontal com os demais Poderes, para que todos de algum modo possa contribuir de forma deixar o processo democrático mais transparente e legítimo.

3.2.2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (União Homoafetiva)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132/RJ) foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro por descumprimento: I. na interpretação conferida aos incisos II e V do art 19 e aos incisos I a X do art. 32 do Decreto Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) na medida em que a interpretação implica na redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual; II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos reconhecidos àqueles que se definem como heterossexual.

O autor fundamentou recorrendo aos princípios constitucionais, tais como: princípio da igualdade, princípio da liberdade, da dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Assim o arguente pede que se valide as decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, requer a suspensão dos processos e dos efeitos das decisões judiciais opostas. No mérito, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas e como pedido subsidiário, em hipótese de não cabimento da ADPF, pugna pelo recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI) para que se interprete conforme a Constituição aos incisos II e V do art. 19²³³ e ao art. 33 do Decreto Lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro)²³⁴ e ao artigo 1.723 do Código Civil²³⁵.

²³³ Art. 19 - Conceder-se-á licença: II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

²³⁴ Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

²³⁵ Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

O Ministro relator Ayres Britto, justificando a relevância e complexidade do tema, deferiu o ingresso na causa de 14 entidades como *amicus curiae*: Conectas Direitos Humanos, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH), Grupo Gay da Bahia (GGB), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDIUFM), Centro de referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – (Centro de Referência GLBTTT), Centro de Luta pela livre orientação sexual (CELLOS), Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais (ASSTRAV), Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) ABGLT, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e Associação Eduardo Banks.

O Ministro relator Ayres Britto, no mérito, julgou procedente a ação e deu ao artigo 1.723 do Código Civil a interpretação conforme a Constituição.

Justifica que jurisdição constitucional mais uma vez é provocada a julgar um caso paradigmático de potencial impacto social e política e traz reflexões sobre a competência e limitação dos poderes e a necessidade de construção de políticas públicas para integrar e combater o preconceito contra grupos vulneráveis.

O argumento do Ministro exalta a relevância da Jurisdição Constitucional no controle de constitucionalidade corroborando com a visão da Constituição como um paço dos direitos fundamentais.²³⁶

No voto do Ministro Ayres Britto, ele apresenta o conceito do constitucionalismo fraternal, voltado a integração comunitária das pessoas e adoção de políticas públicas afirmativas que possibilitem a igualdade não apenas econômica-social, mas civil moral, remetendo a uma experimentação do pluralismo sócio-político-cultural.²³⁷

Ao trazer o conceito de igualdade e o pluralismo sócio-político-cultural, o Ministro se aproxima do que GARGARELLA chama de Constitucionalismo Dialógico, que tem a igualdade como valor e pressuposto comum da Democracia e do Constitucionalismo capaz de

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, 2004 p. 127. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 de fevereiro de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>

²³⁷ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p. 25. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

mediar as tensões existentes entre eles.²³⁸ A igualdade enquanto fundamento do constitucionalismo e da democracia possibilita a preservação dos direitos fundamentais que permite levar a vida de acordo com os seus ideais ao mesmo tempo que preserva uma estrutura democrática onde a opinião de cada um tem o mesmo valor que os demais.²³⁹

O Ministro Ricardo Lewandowski,²⁴⁰ ao votar, faz uma resenha sobre o conceito de família abrigada em Constituições anteriores, e alega não haver possibilidade de incluir a união estável homoafetiva em nenhum dos conceitos de família. Relembra as discussões na Assembléia Constituinte, sobre a questão do gênero, na união estável, que foram amplamente debatidas e os Constituintes optaram por não abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Essas observações fazem o Ministro alegar que não haveria como cogitar mutação constitucional ou proceder uma interpretação extensiva do dispositivo, pois a própria Lei Maior estabelece limites formais e materiais sendo que a interpretação jurídica não pode ultrapassar do que foi delineado na norma.

Em posicionamento divergente ao do Ministro Lewandowski, VECCHIATTI e BAHIA dizem que na ausência de proibição normativa ao reconhecimento da união estável homoafetiva, por não existir no texto normativo, há de ser caracterizada a lacuna no texto constitucional e no texto legal, sendo cabível interpretação extensiva ou analogia, por força do princípio da igualdade. Significa que se há proteção da união estável entre homem e mulher sem proibição da união estável entre pessoas do mesmo sexo, há um fato regulamentado, uma omissão normativa, sendo passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia.²⁴¹

²³⁸ Cf. Conrado Hubner o senso comum da teoria constitucional supõem que os parlamentos seriam a expressão mais direta do ideal democrático, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados à instituição de controle judicial de constitucionalidade seriam a manifestação do constitucionalismo. Controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais, dessa maneira, são percebidas como uma tensão não apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo. Se o primeiro ideal se propõem a realizar algum tipo de governo do povo, o segundo busca assegurar que o poder tenha limites. ver em Cf. em MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** p. 01. 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. acesso em 04 de abril de 2019

²³⁹ GARAGARELLA, Roberto, in Fabra Zamora, Jorge Luis; Spector Ezequiel (orgs). **Constitucionalismo vs. Democracia in Enciclopedia de Filosofia y Teoria Del Derecho.** Vol. 3. p. 2000. 2015. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de Mexico. E-book. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>. Acesso em 10 de fevereiro de 2020

²⁴⁰ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.105

²⁴¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: **O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família.** Rev. Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, June 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso 14 de fevereiro de 2020.

Ao final julga procedente a ação, reconhecendo que apesar da taxatividade do texto constitucional sobre a união estável ser formada por pessoas de sexos distintos. Admite que a união homoafetiva pode ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Sem a intenção de substituir a vontade do constituinte, arbitrariamente, mas considerando a existência de um vácuo normativo há necessidade de reger uma realidade social superveniente a vontade até que o parlamento crie disposições normativas para regular estas relações.²⁴²

A interpretação conforme a constituição, dada ao artigo 1723 do Código Civil que regula a união estável entre homem e mulher, é uma tendência que o Supremo tem em usar os princípios como normas jurídicas, vale dizer que os princípios devem ser usados sempre que possam servir como fundamento para uma decisão, no entanto quando usados de forma frequente todas as outras manifestações normativas assumem papel secundário em face dos princípios constitucionais.²⁴³ Todavia há um entendimento que o ativismo judicial também implica na aplicação direta de princípios pressupondo que o Judiciário atue como legislador positivo.²⁴⁴

O voto, com discurso crítico ao Poder Legislativo e transparente sobre a competência do Supremo, é do Ministro Gilmar Mendes que defende a resposta de caráter positivo da Corte quando o sistema de produção de normas falha. Especificamente no caso da união estável homoafetiva reconhece que a proteção deveria ser feita pelo próprio Congresso Nacional, no entanto, em razão das controvérsias encontradas na sociedade existe a dificuldade de atuação do Poder Legislativo apesar do considerável número de projetos e proposições existentes, que vão desde proposta de emenda constitucional até propostas de caráter legislativo sem deliberação.²⁴⁵

Ao defender uma resposta de caráter positivo da Corte, o Ministro Gilmar Mendes sinaliza um distanciamento do Supremo do dogma do legislador-negativo, cujo juízo limitava o Tribunal a usar como parâmetro de controle normas concretas e a utilizar juízo lógico-formais e argumentos estritamente jurídicos em preservação às competência do legislador.²⁴⁶

Diz ainda que apesar das acusações de ativismo judicial e excesso de intervenção caberia encaminhar o tema para o Congresso, no entanto por ser uma questão de inércia e de não

²⁴² ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.111

²⁴³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p.08

²⁴⁴ BRANDÃO, 2018 *Op.cit.* p.181

²⁴⁵ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.122-123

²⁴⁶ BRANDÃO, 2018, *Op.cit.* p. 178

decisões por razão políticas os Ministros, mesmo atentos aos riscos de produzir lacunas, atuam com caráter positivo fazendo equiparação e frente a escolhas dramáticas limitam-se a recorrer a analogia.

Durante o voto o Ministro apresenta um extenso rol exemplificativos de projetos e proposições via proposta de emenda constitucional ou projetos de lei que foram elaborados para regulamentar a união homoafetiva, alguns sofrendo ataques na Câmara dos Deputados, outros sendo arquivados e afirma haver um sinal de que o Estado pouco a pouco busca consolidar as normas de reconhecimento e proteção da matéria discutida. Cita outras medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), decretos presidenciais e projetos dos ministérios que ocorreram em paralelo ao Poder Legislativo.

O Ministro considera que além de políticas públicas contra o tratamento indigno dirigido ao homossexual, o Estado deve adotar ações para criar legislação que promova a dignidade da pessoa humana, sem discriminação por orientação sexual e reconhece a complexidade do tema por perpassar por concepções culturais, filosóficas e religiosas que exigem tempo para consolidação na sociedade.

Preocupa-se com a concessão ampla de extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão da sociedade e do próprio Congresso Nacional, em razão de possíveis implicações práticas e jurídicas previsíveis e imprevisíveis que podem ocorrer.

O Ministro Gilmar Mendes discorda de Ayres Britto no que se refere a ausência de lacuna, sendo que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no artigo 226, §3º, da constituição. Na sua perspectiva há uma lacuna valorativa ou axiológica quanto ao sistema de proteção da união homoafetiva, demandando da Corte, uma solução provisória, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, no que for cabível.²⁴⁷

O Ministro destaca que a decisão do Supremo não é um óbice à atuação do Poder Legislativo, e deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva decorrente da necessidade de concretizar um dever de proteção de direitos fundamentais e um estímulo para que as situações jurídicas que envolvam pessoas do mesmo sexo venham a ser regulamentadas.

Segundo o Ministro, a inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direito de minorias, reivindica a atuação do Supremo, sendo em última

²⁴⁷ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.194-195

ratio, dever da Corte Constitucional e da jurisdição institucional dar essa proteção se ela não foi concebida pelo órgão competente.

O voto do Ministro Gilmar Mendes reconhece a existência de fundamentos jurídicos suficientes para autorizar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, mas não com a base legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma Constitucional (art. 226, §3º). Fundamenta seu voto nos direitos das minorias e dos direitos fundamentais à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF).

Os argumentos apresentados nos votos do Ministro Ricardo Lewandowski, (sobre uso dos princípios para interpretação sobre o conceito de família na união estável) e do Ministro Gilmar Mendes (a defesa do caráter positivo da Corte, o reconhecimento da competência do Congresso em legislar e a omissão do Congresso como justificativa de um “possível” ativismo da corte) remetem ao comentário de ÁVILA que diz que a Constituição Brasileira de 1988 reserva ao Poder Legislativo, inúmeras vezes, em numerosas matérias, a competência para regular por lei, determinado âmbito normativo. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal consente a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo.²⁴⁸

Ministro Celso de Melo abordou em seu voto a legitimidade da Corte como mediadora entre as diferentes forças no processo constitucional, em ordem a pluralizar o debate em torno do litígio constitucional conferindo-se a expressão real ao princípio democrático para que o controle normativo abstrato dê legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.²⁴⁹

De um lado a questão constitucional suscitada e do outro o sentido legitimador da intervenção da sociedade civil, destacando os grupos minoritários e a possibilidade de, eles próprios oferecerem alternativas para a interpretação constitucional investindo o Tribunal o poder e responsabilidade institucional em exercer papel contramajoritário em eventuais excessos da maioria e contra omissões que tornem-se lesivas em face a inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem o preconceito e a exclusão jurídica.

O Ministro comenta sobre a resistência majoritária, representadas no Congresso Nacional que se opõem às propostas de incorporação, no sistema de normas, as inovações

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto, 2009, *Op.cit.* p. 08

²⁴⁹ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.218

fundadas nas transformações pelas quais passam a sociedade, o que certamente influencia o Poder Legislativo a não atender essa necessidade de adequar as relações homoafetivas no ordenamento, submetendo os grupos minoritários à vontade hegemônica comprometendo o coeficiente de legitimidade democrática do parlamento, uma vez que nos regimes democráticos não se tolera a opressão da minoria pela maioria.²⁵⁰

A reflexão do Ministro Celso de Mello sobre a proteção de minorias ecoa ao pensamento de BARROSO sobre o papel contramajoritário da Corte, dizendo que a proteção dos direitos fundamentais é um fundamento da legitimidade democrática da jurisdição, dessa forma são insuscetíveis de serem atropeladas por deliberação política, cabendo a Corte ser uma espécie de sentinela contra o risco das maiorias e assim evitar a deturpação do processo democrático ou opressão das minorias.²⁵¹

Para o Ministro o eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal inclui-se da necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, que é desrespeitada por simples omissão dos poderes públicos. Assim o Tribunal nada mais faz senão cumprir a sua missão de constitucional diante das omissões inconstitucionais dos órgãos estatais.

Segundo o Ministro Celso de Melo, o protagonismo do Poder Judiciário foi fortalecido pelo monopólio da última palavra que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional sendo resultado da ampliação expressiva das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela Constituição, convertendo juízes e tribunais em árbitros dos conflitos sociais e da arena política e complementa que a decisão da Corte pode ser uma convocação para que o Poder Legislativo assuma a tarefa de legislar e regulamentar o tema.

De fato a atual proeminência do Supremo Tribunal se deve em razão da extensão da Constituição diante dos direitos fundamentais e de suas atribuições tornando o Supremo o detentor da última palavra. No entanto há de se considerar que a existência de uma Constituição se dá no âmbito legislativo assim como todas as leis infraconstitucionais.²⁵² Concorde-se com o papel do Supremo Tribunal Federal na defesa da Constituição e dos Direitos Fundamentais, mas tendo em vista a responsabilidade de criação das leis a cargo do Poder Legislativo, a interpretação da Carta poderia ser considerada apenas função da corte? Posicionamentos como o demonstrado pelo Ministro Celso de Melo poderiam promover uma reflexão sobre a interação entre os poderes, buscando exercitar o diálogo constitucional.

²⁵⁰ ADPF nº 132. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento 05/05/11. p.239-240

²⁵¹ BARROSO, 2015, *Op.cit.* p.36

²⁵² ESCOSSIA, Matheus H. dos S. **O Diálogo Constitucional numa perspectiva Brasileira: um Colóquio contínuo entre os Três Poderes.** RDU. Porto Alegre, v. 11, n.63, 2015, p.65-83

O Ministro conclui seu voto, julgando procedente a ação e para efeito vinculado, declara a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, atendendo os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e também reconhece que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre casais homoafetivos.

Um dos celeumas apresentados pela ADPF n. 132/RJ refere-se ao ativismo judicial, justificado no voto pelo Ministro Celso de Mello em razão da omissão legislativa advindo de uma resistência majoritária do Congresso. A justificativa de Celso de Mello corrobora com as palavras de Barroso que define o ativismo o judicial como um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que se instala em situações de retração do Poder Legislativo e de uma certa distância entre a classe política e a sociedade civil impedindo que as demandas sejam atendidas efetivamente, suscitando a participação do Judiciário na concretização dos valores constitucionais.²⁵³

Em outros dois momentos o Supremo demonstra o viés juriscêntrico e ativista: i) Quando aplica a técnica de interpretação conforme a Constituição dada ao artigo 1723 do Código Civil; ii) a ressalva no voto do Ministro Lewandowski sobre o debate durante a constituinte discutindo a questão de gênero e união estável e quando alega a dificuldade em proceder uma interpretação extensiva do dispositivo quando a Constituição apresenta limites formais e materiais.

O ativismo judicial é um termo que divide opiniões, pois pode ser considerado um meio abusivo de funções do Poder Legislativo pelo Judiciário ou uma situação legítima no contexto de um Estado Democrático de Direito²⁵⁴ exercido estritamente para garantir os direitos fundamentais principalmente quando há omissão do Poder Legislativo.

A judicialização de temas polêmicos, pode ser confortável para o Poder Legislativo pois sabe-se que a discussão não envolve somente casos concretos, mas também questões morais e ideológicas que podem desestabilizar a própria base de apoiadores.

Obviamente confirmar que há supremacia judiciária analisando uma amostra reduzida das decisões do Supremo Tribunal Federal seria irresponsável, mas em síntese a própria judicialização das questões políticas que ocorrem a partir da Constituição de 1988, ampliando consideravelmente a competência do Tribunal, podem sinalizar que há em andamento uma potencial supremacia do Judiciário.

²⁵³ BARROSO, 2012, *Op.cit.* p. 25

²⁵⁴ Id. p. 180

3.2.3. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF (Estado de Coisas Inconstitucional)

Julgada em 09 de setembro de 2015, a ADPF nº.347/DF²⁵⁵ foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pedindo o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face a lesões dos preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Na inicial alegam a violação de preceitos fundamentais decorrentes do ato do Poder Público e a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional é incompatível com a Constituição Federal, ofendendo a diversos princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Postula o deferimento de liminar para que seja determinado: a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; b) realização em até noventa dias, audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, c) que seja considerado fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

No mérito além da confirmação das medidas cautelares, pede que: a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro (superlotação, hiperencarceramento, adequação das instalações e alojamentos, separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito, garantia de assistência material, de segurança, de alimentação, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais);

Ainda pede que o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas e seja submetido à análise do Conselho Nacional

²⁵⁵ ADPF nº 347. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento 09/09/15. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso 25 de agosto de 2019.

de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor ADPF nº 347/DF providências alternativas ou complementares e que monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital.

Como relator, o Ministro Marco Aurélio, concorda com o aduzido pelo requerente ao dizer que a responsabilidade deve ser atribuída aos três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. A falta de coordenação institucional implica na formulação e implementação de políticas públicas e o quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua é agravado pela omissão e falhas estruturais.

Outras observações apontam que a centralização da formalização de planos de ação e políticas públicas pelo Supremo Tribunal podem enfraquecer os demais poderes, que não terão incentivos suficientes para fornecer os meios para solucionar os entraves que originaram o estado de coisas inconstitucional.²⁵⁶

Apona que a inércia não se configura apenas na ausência da legislação, mas também na inexistência de qualquer tentativa de modificação da situação, mesmo quando identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes,

A precariedade no funcionamento estrutural verificada com a violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade deve levar a busca de soluções que sejam efetivas envolvendo coordenadamente a atuação mútua dos Poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário.

Para o Ministro há necessidade de um amplo conjunto de mudanças estruturais na política pública que envolva as autoridades, mas ressalta que há dificuldade do Supremo em interferir nas políticas públicas e escolhas orçamentárias e que apesar de reconhecido o estado de coisa constitucional, cabe a Corte exercer sua função nos problemas causados pela cultura do encarceramento, na aplicação da lei penal e processual, buscando racionalizar a ordem jurídica de modo a minimizar o quadro e não agravá-lo, assim como o cuidado para que não interfira em decisões primariamente políticas que possa cogitar uma afronta a separação dos poderes

²⁵⁶ MAGALHAES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000. Acesso 02 de fevereiro de 2020

Considera-se que a intervenção judicial é legítima quando a omissão estatal é elevada e há uma violação generalizada de direitos fundamentais. No caso dos presos, reconhece que há uma paralisação dos poderes políticos, pois há uma sub-representação parlamentar e a impopularidade daquela categoria, além da rejeição popular, que faz com que a melhoria do sistema prisional enfrente o ponto cego do legislativo, ou seja, o debate parlamentar não alcança, pois legisladores e governantes temem o custo político de escolher esse caminho,

Assim, os poderes majoritários apostam no papel contramajoritário da Corte Constitucional, e se escudam no Estado de Direito sendo condenadas judicialmente a atuar em deveres que teriam feito voluntariamente se não temessem o custo político.

O Ministro avalia que havendo falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes não há de se falar em afronta aos demais poderes, pois a intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e a agravada transgressão e ofensa aos direitos fundamentais, no entanto isso não autoriza o Supremo a substituir os demais poderes devendo dialogar incluindo a sociedade e catalisar ações e políticas públicas sem definir conteúdo, mas coordená-las a fim de afastar a inércia e a deficiência estatal.

Neste sentido, o argumento do Ministro comunga com aqueles que defendem a revisão judicial como meio de contribuir para enfrentar a inércia, a omissão, a indiferença legislativa e a distância entre representante e representados. Ela pode subverter o *status quo*, mas não consegue suprimir tudo. É necessário vislumbrar as alianças entre as instituições pois é mais um ator no jogo político e precisa atrair aliados.²⁵⁷

Para enfrentar o litígio da espécie proposta na ADP nº 347/DF, necessita-se aplicar remédios estruturais voltados ao redimensionamento da formulação e execução das políticas públicas, estes remédios visam superar os bloqueios políticos e institucionais e promover a deliberação e o diálogo sobre a causa e solução para superar o estado de coisas inconstitucional. As falhas ou omissões legislativas são usadas para justificar o ativismo da corte, como único meio, mesmo que distante do ideal de democracia, que pode superar os desacordos políticos, a ausência de política estatal, assim como a sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.²⁵⁸

²⁵⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Op.cit* pp.143-144

²⁵⁸ CAMPOS. Carlos Alexandre de A. **O Estado de coisas inconstitucional e o Litígio Estrutural**. Disponível em: https://www.academia.edu/32466957/Con_Jur_Carlos_Campos_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_litigio_estrutural. Acesso 02 de fevereiro de 2020

O Ministro Edson Fachin em seu voto entende que se quer atribuir ao Supremo um caráter de constituinte permanente, sendo que está relacionada a uma configuração de uma política sem partido, de um Estado sem efetividade que acabam por conduzir, equivocadamente, a um Judiciário aclamado como ponte de salvação.

O expresso no voto do Ministro Fachin traduz o movimento de judicialização da política, já discutida neste trabalho, que pode vir pelo excesso de atribuições e direitos conferidos pela Constituição ou ocorrer quando a Corte seja provocada para atestar a constitucionalidade do entendimento de atos dos demais poderes.

Ressalta que os problemas do sistema penitenciário não encontram tratamento adequado pelos Poderes Executivo e Legislativo. Inexiste espaço para criação e implementação de políticas públicas e qualquer atuação legislativa. Faz uma crítica ao ponderar que a separação entre os Poderes e a política democrática, algumas vezes, são invocados para impedir a atuação da Corte diante da inércia intencional e sistemática dos demais Poderes, mas que cabe ao Supremo, enquanto guardião da Constituição, proteger os direitos de minorias excluídas sistematicamente violados.

No entanto pode-se considerar que seja do próprio interesse dos Poderes Executivo e Legislativo despolitizar uma série de questões, sobretudo as de fundo moral, cujas decisões poderiam desgastar a imagem dos partidos políticos ou demais instituições perante a população.

O Ministro Luiz Fux fala em um ativismo judicial-dialógico que visa implementar os direitos fundamentais previstos na Carta e cita exemplo da corte colombiana que dá ênfase a implementação de políticas públicas e que cabe esse papel ao Poder Judiciário quando há inércia e passividade no cumprimento dos direitos fundamentais.

A partir da referência à Corte colombiana feita pelo Ministro Luiz Fux poder-se-ia discutir no que diz respeito não apenas ao diálogo interno, mas também ao diálogo entre Cortes Constitucionais Latino americanas, visto que apesar do Supremo Tribunal Federal ser permeável a influência da jurisprudência estrangeira, dialoga-se pouco com a jurisdição dos países latino-americanos, apesar de suas realidades serem próximas e ensejam problemáticas similares.²⁵⁹

Expõem que o Supremo Tribunal tem um papel na garantia da governabilidade, e comunga com os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin quando diz que em várias ocasiões

²⁵⁹ SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. “**Estado de Coisas Inconstitucional**” e o Diálogo no Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, no.7, p. 132. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-PG-PR_n.07.04.pdf. Acesso 10 de fevereiro de 2020

as políticas públicas não são enfrentadas porque quando o são, geraram um preço social grande sobre quem deve legislar, recaindo a função ao Poder Judiciário, por não haver um compromisso com o eleitorado.

Ousa-se dizer que no reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, em razão da amplitude das violações, a função não recai apenas ao Poder Judiciário mas envolvem as diversas estruturas estatais para que o trabalho conjunto possa superar as violações. No caso colombiano é a Corte Constitucional que interfere nas escolhas de caráter orçamentário e na implementação de políticas públicas, mas a exige-se a coordenação e cooperação entre as instituições.²⁶⁰ No entanto, a maior controvérsia a respeito do Estado de coisas inconstitucional é a interferência da Corte na seara das políticas públicas, pois é uma tarefa eminentemente política, portanto é uma forma de ativismo e interferência nos demais poderes.

O Ministro Celso de Melo, em seu voto, diz ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição adotar medidas para efetivar a implementação de políticas públicas em casos de omissão estatal, pois há inconstitucionalidade no não cumprimento de normas impositivas de determinado comportamento atribuído ao Poder Público quando estabelecidas pela própria Constituição.²⁶¹

Para o Ministro, a omissão do Estado frente as imposições do texto constitucional é de gravidade político-jurídica, pois mediante a inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição e na ausência ou insuficiência de medidas concretizadoras compromete a aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Isso leva a Corte, mesmo em implementação de políticas governamentais previstas no texto, proferir decisões que neutralizam os efeitos nocivos que resultam da inatividade governamental.

No caso da matéria discutida na ADPF nº 347/DF, Celso de Melo considera que há um claro estado de coisas inconstitucional resultante da omissão do poder público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a patologia constitucional gerada pela inércia estatal, descumprindo a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal.

As decisões de caráter contramajoritária também é comentada pelo Ministro, pois os julgamentos do Supremo Tribunal Federal objetivam preservar a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política que tornam-se objeto de intolerância e discriminação.

²⁶⁰ Id. p. 128

²⁶¹ ADPF nº 347. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento 09/09/15. p. 152

Segundo o Ministro Celso de Melo, as políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal vinculam o administrador e a sua omissão é cabível a responsabilização, tendo margem de discricionariedade mínima, não contemplando o não fazer.

Se há expressa determinação constitucional a implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer o controle de legitimidade sobre a omissão do Estado, não agindo fora de suas atribuições institucionais nem ofendendo ao princípio da separação dos poderes.

No final do julgamento, a Corte reconheceu o “Estado de coisas inconstitucional”; concedeu a cautelar que pede a realização de audiências de custódia no prazo máximo de 90 dias, assim como concederam em parte a cautelar para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário – FUNPEN, dando prazo de até 60 (sessenta) dias para que a União se adeque para cumprir a decisão, além de determinar à União e ao Estado de São Paulo que fornecessem informações sobre a situação do sistema prisional.

A defesa que o Ministro Celso de Mello faz sobre participação do Poder Judiciário em adotar medidas para implementação de políticas públicas colidem com as observações de CAPPELLETTI, que expõem a possibilidade de ser um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abusos, podendo existir riscos semelhantes ao de natureza legislativa ou administrativa: lentidão, autoritarismo, gravosidade de inacessibilidade. Aponta que no que concerne ao Poder Judiciário, há riscos específicos e prováveis, como por exemplo a dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa que estão ligados a conhecimentos específicos e especializados que estão a disposição do legislador e da administração pública; outra dificuldade é a inefetividade, uma vez que no campo das obrigações das políticas sociais é exigido atividades contínuas tanto da administração pública quanto do legislador e por última aponta legitimidade democrática.²⁶²

A ADPF nº 347/DF é um típico caso de litígio estratégico utilizado para solucionar demandas visando dar efetividade a direitos fundamentais por meio de uma atuação coordenada de vários atores políticos na adoção de medidas que transformem a estrutura das políticas públicas.

²⁶² CAPPELLETTI, *Op.cit.* p. 49-50

O pedido de declaração de Estado de coisas inconstitucional²⁶³ foi baseado na decisão da Corte Constitucional Colombiana da sentença T-025²⁶⁴ de 2004 reconhecendo o Estado de coisas inconstitucional em razão de conflitos armados e constantes violações de direitos de uma parte da população colombiana obrigada a se deslocar de seu lugar de origem em razão das ameaças contra a vida e integridade física. Desta forma, a Corte Colombiana emitiu ordens flexíveis incumbindo os órgãos representativos do Estado a formular políticas públicas para a população vulnerável, determinou a realização de audiências públicas periódicas com a participação dos organismos governamentais, sociedade civil para que monitorassem e deliberassem as ações tomadas.

Como o próprio pedido da parte interessada na declaração do Estado de coisas inconstitucional, os argumentos desenhados pelos Ministros também basearam-se na técnica decisória da Corte Constitucional Colombiana. Os votos reconhecem a responsabilidade mútua dos três Poderes na intervenção, a legitimidade do Supremo para interferir nas políticas públicas quando se configure omissão legislativa e desrespeito ao preceitos constitucionais e na ausência de implementação de políticas públicas, pelo poder público, que sanem os problemas estruturais.

Basear-se na técnica decisória da Corte Colombiana não há de ser um erro, no entanto é necessário observar a realidade jurídica dos dois Tribunais. A Colômbia já desenvolve um método de participação e deliberação coletiva entre os poderes e a sociedade civil, reconhece que a superação do Estado de coisas inconstitucional pressupõem a participação popular e a

²⁶³ O Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória empregada pela Corte Constitucional da Colômbia para o enfrentamento e a superação de situações de violações sistemáticas de direitos humanos.

²⁶⁴ A decisão T-025, da Corte Constitucional Colombiana, declarou a dramática situação de mais de três milhões de pessoas atingidas pela violência na Colômbia, que tiveram que se deslocar tendo em vista as ameaças físicas e de integridade física, forçadas a viver na pobreza e na indigência. Foi declarado o Estado de Coisas inconstitucional reconhecendo a existência de violação massiva e reiterada de direitos humanos da população e de falhas estruturais nas políticas do Estado colombiano. É um caso de estudo para discussão latino-americana e global sobre a aplicação judicial dos direitos humanos. Primeiro porque se trata de uma macro sentença pelo tamanho da população que seria beneficiada, pela gravidade das violações de direitos humanos que se pretendia resolver, pelo o número de atores estatais e sociais envolvidos e pela duração do processo de implementação da política pós sentença, que levou seis anos e ainda segue. O caso se torna emblemático por buscar garantir direitos sociais valendo-se de uma corte ativista que incitada pelo litígio estratégico procurou superar a burocracia do Estado na aplicabilidade dos direitos. Envolveu a participação de atores sociais e governamentais em audiências públicas para discussão das políticas de proteção dos direitos. Apesar das críticas pela postura ativista da Corte, esse processo estabeleceu o procedimento participativo e a criação de um espaço deliberativo potenciais para democratizar a aplicação judicial dos direitos constitucionais. *ver in* RODRÍGUES GARAVITO, César y FRANCO RODRÍGUEZ Diana. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, 2010. p. 14-15

deliberação democrática na tomada de decisão, diferente do que ocorre no Supremo Tribunal Federal, mesmo demonstrando uma abertura ao diálogo, ainda é centrado a ser o detentor da última palavra.

Porém, apesar de, especificamente neste caso, haver uma sinalização da possibilidade de construir uma colaboração harmônica entre os poderes estatais e uma expectativa de um processo dialógico entre as instituições, a decisão do Supremo foi vista com ressalvas.

STRECK acredita que o Estado de coisas inconstitucional fortalece o ativismo judicial tendo em vista que pode haver tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário em razão de algumas decisões que envolvem políticas públicas e acabam por criar situações complexas para o Poder Executivo (eleito para fazer política pública) e Poder Legislativo (eleito para criar as leis). Outra objeção apontada é o fato Constituição não ser uma carta de intenções e sim de normas constitucionais, com muitas delas que sequer forma implementadas, não há de se falar em Estado de coisas inconstitucional, pois a rigor do artigo 3º da Constituição Federal, o Brasil estaria eivado na inconstitucionalidade, dificultando ao próprio judiciário a escolher as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades.²⁶⁵

Outras observações apontam que a centralização da formalização de planos de ação e políticas públicas pelo STF podem enfraquecer os demais poderes, que não terão incentivos suficientes para fornecer os meios para solucionar os entraves que originaram o Estado de coisas inconstitucional.²⁶⁶

Novamente a questão da revisão judicial leva ao argumento que seu método debilita a legislação e a debate, retirando do Poder Legislativo a responsabilidade pela decisão e enfraquece a capacidade política substituindo pela responsabilidade judicial.²⁶⁷

Em contraponto as críticas do ativismo judicial, há os que minimizam a tese do ativismo provocado no reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional, defendendo a intervenção do Judiciário em razão da omissão dos outros Poderes.

Entre as críticas, de antemão pode-se dizer que a publicização da temática levando ao debate público é um benefício e talvez a adoção da técnica decisória de Estado de coisas

²⁶⁵ STRECK, Lênio. Estado Constitucional é uma nova Forma de Ativismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020

²⁶⁶ MAGALHAES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000. Acesso 02 de fevereiro de 2020

²⁶⁷ Gadbaum, 2001, *Op.cit.* p. 740

inconstitucional não tenha sido utilizada com o potencial transformador que parece ter, acabando por ser neutralizada, a princípio.

Sabe-se que o protagonismo judicial não cessará, pois ainda há uma extensa lista de violações estruturais de direitos humanos e o Supremo continuará intervindo quando provocado, a partir disso deveria se redesenhar o papel do Corte, para que não se torne uma Câmara Política. Cientes de que não cabe a gestão e a condução das políticas pelo Supremo pode-se pensar num caminho de cooperação onde Judiciário participe de forma pré-decisional, envolvendo os poderes e a sociedade pensando em mudanças estruturais a longo prazo e concretizando a abertura de um verdadeiro diálogo e possibilidade de deliberação conjunta.

O voto dos Ministros Marco Aurélio sinaliza a opção pelo diálogo, quando propõe que o Supremo Tribunal interfira na formulação e implementação de políticas públicas mediante a flexibilidade das ordens, monitoramento e execução das medidas.

A complexidade que envolve as sistemáticas violações de direitos humanos exige remédios judiciais complexos, mas a Corte deve estar ciente das limitações, principalmente na impossibilidade de atuar isoladamente, a partir disso que se deve pensar no diálogo que pode ser um meio de enfrentar conjuntamente os desafios frente a implementação das políticas.

3.2.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão - ADO nº 26/DF (Criminalização da Homofobia)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ADO nº 26/DF²⁶⁸ foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), pedindo ao Supremo Tribunal Federal que declare a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia.

O autor sustenta que o Congresso Nacional age com preconceito e indiferença em relação a Comunidade LGBT, e em razão da inércia, o grupo está exposto a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais. Na sua postulação, denuncia que o Poder Legislativo descumpra a Constituição que impõe ao Estado o dever de proteção à dignidade da pessoa quando não tipifica como crime os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade gênero das vítimas das práticas discriminatórias.

Nos pedidos, quer o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal a existência de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo e cientificação do Congresso Nacional para que adote as providências necessárias para concretizar as normas constitucionais

²⁶⁸ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 09/09/15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

descumpridas (CF, art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo prazo para resolução; requer também que as condutas homofóbicas e transfóbicas sejam reguladas como crime de racismo, nos termos da Lei nº 7.716/89 e em caso de entendimento diferente pela Corte, requer que o Tribunal tipifique ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo a cominação penal. E por fim, pleiteia o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pela demora na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT.²⁶⁹

Foram aceitas dez entidades como *amicus curie* entre elas: Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Grupo de Advogados pela Diversidade sexual – (GADVS), Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), Frente Parlamentar “Mista”da Família e apoio à vida, Grupo Dignidade, Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM), Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados (PSTU), Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA), Defensoria Pública do Distrito Federal,

O Ministro Celso de Mello, como Ministro relator da ADO nº 26/DF alega a impossibilidade do Supremo, por meio de provimento jurisdicional tipificar delitos e cominar as sanções de direito penal, pois significaria transgressão ao postulado constitucional de separação do poderes e ofensa ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal, cabendo a regência pelo Parlamento, uma vez que pelo princípio da legalidade, só a este cabe legislar sobre o Direito Penal.²⁷⁰

No que se refere a omissão dos Poderes Estatais, o Ministro considera que não podem ser toleradas, pois a inércia dos órgãos competentes representa o desrespeito a Constituição estimulando o desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo Estado.

O Ministro avalia que cabe ao Congresso Nacional o dever jurídico de editar a lei que viabilize a proteção penal da comunidade LGBT assim como considera inacolhível a alegação de que existência de proposição legislativa afastaria a inércia do Poder Legislativo e cita o projetos de que estão ficaram em tramitação por oito anos tendo sido arquivado por tramitar por mais de duas legislaturas.²⁷¹

²⁶⁹ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p.6

²⁷⁰ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p.26

²⁷¹ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p. 47

Para o Ministro o reconhecimento da mora imputável o Congresso Nacional e a inércia do Parlamento na implementação legislativa levam a duas possibilidades: 1. cientificar o Congresso, para que adote, em prazo razoável, as medidas cabíveis à efetivação da norma Constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, "caput")²⁷²; 2. Reconhecimento da Corte de que a homofobia e transfobia enquadram-se mediante interpretação conforme à Constituição no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89

Segundo o Ministro Celso de Mello, caso o Congresso Nacional desrespeite o prazo cientificado pela Corte de sua omissão e não adote as providências necessárias no prazo determinado, legitimar-se-á, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Tribunal, a possibilidade de aplicar a norma constitucional de eficácia limitada a enquanto não legisle o tema.

Como é de praxe, a menção a função contramajoritária é registrada pelo Ministro relator, a conferir proteção as minorias contra excessos da maioria ou contra a omissão em face da inércia do Estado e objetivando preservar os direitos dos grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política.

Aqueles que não conseguem ser ouvido nas arenas institucionais majoritárias buscam o Judiciário para que a Constituição seja cumprida perante as majorias, principalmente quando o órgão legislativo, que é o lugar de excelência de discussão de temas que lhes afetam se mantem inerte.²⁷³

A dificuldade contramajoritária é assiduamente discutida e utilizada como argumento para justificar a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos individuais. Essa tensão coloca o Congresso e a Suprema Corte em rota de colisão quando a Corte materializa decisões judiciais que invalidam leis ou criam analogias para suprir a omissão legislativa.²⁷⁴

Justifica que em razão do fortalecimento da jurisdição constitucional e da força normativa dos princípios constitucionais há legitimidade na atuação do Supremo Tribunal Federal em suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e adotar medidas para resolver a inércia do Poderes do Estado, fazendo nada mais do que se cumprir a Constituição.

Ao final, julga procedente a ação; e vota pelo reconhecimento do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional; declaração a existência de omissão normativa

²⁷² CF, art. 103, § 2º Declara 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.

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias (Lei nº 9.868/99, art. 12-H, "caput")

²⁷³ VECCHIATTI e BAHIA, *Op. cit.* p.67

²⁷⁴ VICTOR, *Op.cit.* p. 178

inconstitucional; cientificação do Congresso Nacional e pela interpretação conforme a Constituição o enquadramento da homofobia e transfobia nos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 até que sobrevir legislação sobre a matéria.

No voto da Ministra Rosa Weber também há o reconhecimento que a tramitação de projetos de lei não afasta a mora constitucional e diz ser inviável substituir o legislador, produzindo a norma requerida no pedido principal da ação.

Vota pela aplicação da Lei nº 7.716/89 enquanto houver mora para regulamentar a questão.

O Ministro Luis Roberto Barroso avalia a necessidade de estabelecer diálogo com a sociedade e o Congresso Nacional para que o Congresso possa refletir os interesses e sentimentos da sociedade, dar um olhar constitucional sobre eles e transformá-los em legislação depurando os excessos passionais.²⁷⁵

Avalia que a fronteira entre a legislação e a interpretação é demarcada por há dois planos diferentes: O primeiro é marcado pela deferência do Supremo Tribunal Federal com as escolhas políticas do Congresso quando este produz a lei, só devendo invalidá-la quando exista a violação da Constituição; e o segundo a necessidade da Corte ser proativa quando estão em discussão os direitos fundamentais e as regras da democracia, pois cabe ao Supremo protegê-los. O Ministro considera que na matéria discutida estão os dois fatores, existe a omissão do Congresso Nacional e existe os direitos fundamentais de um grupo vulnerável como o dos LGBT.

Aponta que em determinadas situações, as Supremas Cortes desempenham um papel representativo quando acolhem demandas da sociedade que não foram atendidas pelo Poder político.

Para o Ministro Barroso do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional envolve a atuação contramajoritária e a representativa.

Ao final vota pelo reconhecimento da mora do Congresso nacional, pela fixação de prazo para saná-la e a aplicação da Lei nº 7.716/89 nos casos de homofobia e transfobia.

Em seu voto Ministro Ricardo Lewandowski avalia que a omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização no caso tratado pode ser compreendido como um fenômeno político, pois a ascensão da supremacia constitucional em todo o mundo, levou os tribunais serem provocados por grupos excluídos da esfera política, fazendo com que os atores

²⁷⁵ O voto do Ministro Barroso não está disponível no site do STF, porém pode ser encontrado em <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>. Acesso 10 de outubro de 2019

políticos transfiram sua responsabilidade para a Justiça evitando responsabilização política por decisões impopulares.²⁷⁶

Qualifica a omissão do Senado, ao não analisar o Projeto de Lei encaminhado pela Câmara dos Deputados que trata da criminalização da homofobia e transfobia, contrariando a Constituição e configurando a mora legislativa.

Explica que, não obstante a repugnância das condutas preconceituosas é certo que cabe apenas ao Poder Legislativo criminalizar condutas sendo imprescindível lei em sentido formal claramente especificado na Constituição Federal.

Atribuir a responsabilidade do Poder Legislativo na criação da norma é um argumento constante nos votos dos Ministros, neste sentido, MENDES lembra que a revisão judicial não necessariamente cria uma força antimajoritária, mas pode fazer um movimento contrário, cobrar o exercício de responsabilidade pelos outros agentes políticos.²⁷⁷

O Ministro Gilmar Mendes explica que a mora legislativa enseja o controle abstrato da omissão constitucional. O dever jurídico de legislar, firmado na norma constitucional, expressa claramente a competência do Parlamento, no entanto a inação congressual abre a possibilidade de colmatação da lacuna pela via judicial, respeitando os limites judiciais.²⁷⁸

Justifica como legítima a intervenção do judiciário, em razão da não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia expõe os grupos minoritários a situações de violência social e condutas discriminatórias.

A proteção das minorias é argumento clássico no controle de constitucionalidade e justifica o papel e a legitimidade da revisão judicial mas é imperativo a imposição de limite à maioria. Em síntese a forma de operar a democracia a partir da vontade da maioria não reprimindo a minoria.²⁷⁹

Observa-se que ao se legitimar a intervenção o Ministro Gilmar Mendes Apesar na tipificação das condutas de homofobia diverge de seu próprio posicionamento sobre o controle de constitucionalidade por omissão, tendo no passado o Ministro, em obra de sua autoria, se posicionado no sentido de que a criação de uma regra pelo Supremo Tribunal seria um obstáculo constitucional, uma vez que não é compatível com o princípio da divisão de poderes. As decisões proferidas nas ações por omissão declaram a mora do órgão legiferante em cumprir

²⁷⁶ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p.9 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/legislativo-tipificar-crime-defende.pdf>. Acesso 10 de outubro de 2019

²⁷⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Op.cit.* p. 143

²⁷⁸ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p.7. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso 10 de outubro de 2019

²⁷⁹ MENDES, Conrado H. *Op.cit.* p. 60

o dever constitucional de legislar. Em resumo, o ato normativo não cabe ser executado pelo Tribunal, a declaração da existência de uma omissão constata a mora do poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida.²⁸⁰

O Ministro comenta que a tramitação dos projetos de lei que sanariam a lacuna legislativa tem sido tumultuados por “todos os gêneros de embaraços típicos do processo legislativo”. Há manobras por parte dos congressistas que deixavam clara a oposição à criminalização dificultando a tramitação de projetos relevantes para a minoria LGBT.²⁸¹

Esta manifestação do Ministro se inclina com o que LEITE comenta sobre a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis que pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito do tema ou também a inércia pode ser uma estratégia para evitar a tomada de decisão sobre um assunto sensível que envolva um custo político elevado, assim as instâncias majoritárias podem silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o Poder Judiciário.²⁸²

Há uma “eficiência seletiva” do legislador. Para alguns temas como as reformas processuais, há uma hiperatividade, outros temas aguardam por um longo tempo, para serem decididos.²⁸³

Destaca que a apreciação da omissão legislativa pelo Supremo impulsionou o Parlamento a abandonar a inércia, provocando, no início de 2019 o desarquivamento de proposições legislativas sobre o tema nas respectivas Casas Legislativas, destacando alguns proposições como o PL nº 9.8032/2014 que amplia a proteção de que trata a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) às pessoas transexuais e transgêneros; o Projeto de Lei nº 7.292/2017, que altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio entre outros.

Considera importante o avanço das propostas legislativas, mas pondera que a mera tramitação não modifica o estado de insuficiência da proteção que se pretende tutelar.

Ressalta que o caso em discussão parece contribuir para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes em razão da reação legislativa a partir do início da apreciação a ADO nº 26/DF.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar *Op.cit.* 2000 p.76-78

²⁸¹ ADO 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. p.7

²⁸² LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: **A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Direito, Estado e Sociedade n.45 p. 12 jul/dez 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>. Acesso 15 de janeiro de 2020

²⁸³ VECCHIATTI e BAHIA, *Op.cit.* p. 67

Sobre a atuação da jurisdição constitucional em face da lacuna normativa, o Ministro considera que a inércia provocada por razões políticas envolve inevitavelmente a ação do Tribunal para sanar a omissão que implica a violação a garantias individuais.

Na existência de proposições legislativas com o objetivo de promover o diálogo o Supremo Tribunal poderia assumir uma postura de deferência para com a função legislativa, sem deixar de atuar. Ao constatar que houve uma movimentação do Poder Legislativo em função de algum caso a Corte poderia declarar a inconstitucionalidade, devolver a matéria ao legislativo e dar um prazo passado este tempo valeria a aplicação da interpretação constitucional. Assim a interpretação judicial, associada a um prazo considerável para deliberação política poderia servir de estímulo ao Poder Legislativo dando consonância com os interesses políticos.²⁸⁴

Ainda tece comentários sobre as possíveis críticas do ativismo judicial na Corte, ilustrando que o Estado de Bem Estar Social agigantou as funções estatais, aumentando as demandas do Estado, inclusive do Judiciário que acionado em um cenário de omissões na concretização dos direitos fundamentais, tese que corrobora com a de CAPPELLETTI, já mencionada neste trabalho.

O Ministro acolhe o voto integral do relator, e julga procedente a ação.

O Ministro Edson Fachin diz que a lacuna não decorre apenas da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da ofensa à igualdade, uma vez que outras condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto. Para o Ministro, a omissão legislativa indicaria que a violência sofrida pelo homossexual ou transgênero é tolerado.²⁸⁵

Com isso a colmatação da omissão legislativa constitui uma exigência de coerência normativa. Se cabe ao Parlamento a tarefa de criar a norma, cabe a Corte Constitucional, invocando o direito à igualdade, o dever de proteger a integridade do direito.

Para LEITE dentre as dimensões do ativismo judicial verificado na práxis do Supremo Tribunal, destaca-se a ocupação de vazios normativos deixados pelo Congresso Nacional e colmatados judicialmente, no entanto essa tendência expansionista da Corte é estimulada pela própria arquitetura constitucional.²⁸⁶

²⁸⁴ MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. **Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p.211, maio/ago. 2017.

²⁸⁵ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf>. Acesso 19 de outubro de 2019

²⁸⁶ LEITE, *Op.cit.* p. 16

Sobre a colmatação, em artigo sobre o julgamento da ADPF nº 132/DF, STRECK afirma não caber ao Poder Judiciário colmatar lacunas do constituinte. Ao permitir isso, estará criando uma constituição “paralela” para estabelecer aquilo que não estava no pacto constituinte, devendo-se respeitar o que está na Constituição e aguardar a alteração legal-constitucional.²⁸⁷

O Ministro Alexandre de Moraes considera que a existência de políticas públicas esparsas para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional.²⁸⁸

Considera significativa a omissão do Poder Legislativo face ao consenso internacional sobre medidas necessárias para proteção contra condutas homofóbicas e transfóbicas e a legislação nacional.

O Ministro comenta que em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador para punir diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, o Congresso Nacional entendeu necessária a edição de leis penais, ocorrendo em medidas protetivas aos direitos e garantias fundamentais de crianças, idosos, pessoas com deficiência, mas a omissão persiste tão somente em relação as normas quanto as condutas discriminatórias por orientação sexual.

Para o Ministro, no caso apresentado é flagrante o desrespeito à Constituição Federal, pois não atingiu a igualdade na posse de proteção de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT. Cabe a Justiça Constitucional exigir do poder público respeito pelos princípios e garantias fundamentais consagrados na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade de as condutas comissivas e omissivas.

Explica que declarada a inconstitucionalidade por omissão, não cabe o Supremo Tribunal Federal substituir o Poder Legislativo e criar novo tipo penal, mas sim cientificar o Congresso.

Sobre os limites de atuação da Corte, ÁVILA comenta que Poder Judiciário não deve assumir em qualquer matéria a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração. Cabe ao Poder Legislativo editar a norma e a sua

²⁸⁷ STRECK, Lênio. STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13229>. Acesso em: 12 fevereiro 2020.

²⁸⁸ ADO nº 26. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 13/06/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso 19 de outubro de 2019

aplicação, ao Poder Judiciário. Independente disso há, ainda, argumentos a favor da função legislativa que não podem ser considerados.²⁸⁹

A ADO nº 26/DF se junta a lista de temas polêmicos que chegam a corte relacionado aos direitos fundamentais.

Frequentemente nos votos dos Ministros são retomados os argumentos sobre legitimidade, dificuldade contramajoritária, ativismo judicial justificado pela omissão legislativa e a supremacia constitucional, na ADO nº 26/DF não foi diferente.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma segunda forma de ativismo, pois diante da inércia legislativa em cumprir o dever constitucional de legislar cabe ao STF suprir, excepcional e temporariamente a omissão.²⁹⁰

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa e enquadrou a homofobia e a transfobia nos tipos penais da Lei nº 7716/89 até que legislação autônoma seja editada no Congresso Nacional, mais uma situação em que o Supremo se julgou competente e atuou como legislador positivo. A princípio pode-se dizer que o Tribunal atravessou a fronteira dos Poderes, uma vez que a criação de qualquer tipo penal não é do Poder Judiciário e pelo princípio da legalidade e da reserva legal não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A interpretação das normas constitucionais é complexa. Tanto a ADO nº 26/RJ quanto as outras ações analisadas demonstram a complexidade em aplicar e fazer valer a força normativa da Constituição, no entanto esforço deve ser concentrado na garantia e efetividade das normas constitucionais e compartilhado entre todos os Poderes.

3.3. Propostas Legislativas e a superação do Poder Legislativo face às decisões do Supremo Tribunal Federal

Diante de questões mais específicas como bioética, homossexualidade parece ser recomendável que o juiz reconheça que sua formação jurídica não lhe dê as informações necessárias, no entanto ter uma eventual postura maximalista em face a complexidade dos temas julgados aumentaria a possibilidade de decisões erradas.²⁹¹

Decisões boas ou ruim podem gerar conflito pois na contradição das maiorias legislativas há uma tendência de polarizar o debate principalmente se os “perdedores” não se

²⁸⁹ ÁVILA, *Op.cit.* p. 16

²⁹⁰ Cf. BRANDÃO, 2018. *Op.cit.* p. 191

²⁹¹ BRANDÃO, 2018, p. 227

sentirem reconhecidos no projeto constitucional. É claro observar que quando as votações agradam há um total apoio a Corte, quando contrária no debate se coloca em xeque as decisões sendo considerado, inclusive, a possibilidade de impeachment de algum Ministro.²⁹²

Sobre este conflito MENDES, por meio dos conceitos de FRIEDMAN, explana que as instituições se movimentam conforme a onda da opinião pública. A medida que se distanciam do que é “socialmente aceitável” elas perdem a legitimidade e espaço no jogo da separação de poderes.²⁹³

A heterogeneidade do parlamento e representação da própria sociedade, revelam a dificuldade de compartilhar valores e pensamentos unificadores, o consenso é necessário e é preciso conter os conflitos em razão do sectarismo da própria sociedade, talvez sobre essa perspectiva a problematização de WALDRON (abordada no item 2.2 desta dissertação) sobre a importância do desacordo na interpretação e na aplicação dos princípios constitucionais seja relevante. O autor considera que o desacordo moral é ponto essencial pois aduz sobre a discordância nas sociedades pluralistas sobre as mais diversas questões e por meio destas circunstâncias, que são políticas, que a deliberação deve ser feita pelo poder competente que é o Parlamento, já que uma instituição democrática que segue os critérios da igualdade política e é eleitoralmente responsabilizável.

No entanto a proposta deste item não é discutir sobre Supremacia Judicial ou Parlamentar, pois nem o legislador, nem o constituinte são totalmente capazes de dar respostas completas e objetivas para as complexas situações da vida, o que pretende-se é examinar o modo de superação das decisões da Corte pelo Poder Legislativo, uma possível abertura ao diálogo observando a situações que podem atenuar as tensões entre os Poderes.

Há três modos de analisar essa situação: 1) a interpretação da Corte pode ser superada por emenda constitucional; b) A o Supremo Tribunal Federal pode devolver a matéria ao Poder Legislativo, fixando prazo para deliberação ou c) a Corte pode atuar, chamando o “apelo ao legislador”.²⁹⁴ Pretende-se por meio destes itens analisar as respostas advindas do Poder Legislativo.

A hipótese mais aceita é pela aprovação de emenda constitucional. Em razão da constitucionalização de uma série de assuntos, na Constituição brasileira de 1988, muitas políticas públicas tidas por ordinárias envolvem questões constitucionais e demandam

²⁹² *Com 14 ações, pedidos para destituir Ministro do STF batem recorde.* Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/pedido-para-destituir-ministros-do-stf-e-recorde/>. Acesso 10 de fevereiro 2020

²⁹³ MENDES, Conrado Hubner *Op.cit.* p.193

²⁹⁴ BARROSO, 2015, *Op.cit.*45

implementação por meio de alteração na Carta.²⁹⁵ No entanto, das cento e treze propostas legislativas verificou-se apenas uma proposta de emenda constitucional.

A modulação dos efeitos de uma decisão se apresenta como ferramenta de diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo.²⁹⁶ A modulação é expressa no sistema de revisão judicial e contemplada na Lei ²⁹⁷e possibilita que o Poder Legislativo supere o vazio.

Dos cento e treze projetos foram identificados dois projetos de lei com relação a pesquisa de célula tronco, no entanto foram propostos em período anterior a decisão da Corte, apenas um deles estabelecia relação com a ADI nº 3510/DF, que propunha crime inafiançável para quem fizesse pesquisa com células tronco.

A ADI nº 3510/DF, que discutia a constitucionalidade do uso de células tronco para pesquisa, provocou um amplo debate público envolvendo questões morais e políticas. A Lei de Biossegurança foi intensamente debatida no Congresso e o Supremo Tribunal em alguns momentos foi criticado por estar julgando um ação formalmente constitucional que obedeceu os procedimentos prescritos na Constituição Federal e no processo legislativo.

No entanto a corte julgou improcedente a ação direta, reconheceu a constitucionalidade do art.5 da Lei nº 11.105/. Apesar de existir um projeto de lei para criminalizar a pesquisa com célula tronco, proposta antes da decisão, inexistiu por parte do Poder Legislativo uma tentativa de superar a decisão mesmo porque como já abordado anteriormente a matéria foi debatida pelo Congresso Nacional enfrentando o minucioso processo de tramitação e muito debate em diversas audiências públicas.

Desde a propositura no Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132/DF) sobre união Homoafetiva foram apresentados doze projetos de lei e uma Proposta de Emenda Constitucional, cinco propostas diretamente ligadas a decisão proferida pela ADPF nº 132/DF.

Depois da decisão do Supremo, o Poder Legislativo elaborou a PEC nº 158/2015 propondo nova redação ao artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal sobre o conceito de família, o demais projetos de lei estavam relacionados a regulamentação da paternidade homoafetiva na licença paternidade²⁹⁸; o reconhecimento da união estável e do

²⁹⁵ VICTOR, *Op.cit.* p. 173

²⁹⁶ VALLE, *Op.cit.* p. 78.

²⁹⁷ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e tomar levando em consideração a segurança jurídica ou o interesse social excepcional, o Supremo Tribunal Federal pode, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos de tal declaração ou decidir que só deve ser eficaz depois de ser julgado ou a qualquer outro momento que possa ser estabelecido

²⁹⁸PL

1099/2015

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1199852>

casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁹⁹, proibição de adoção³⁰⁰; proibir a equiparação de relações de pessoas do mesmo sexo ao casamento ou entidade familiar.³⁰¹

Os temas mais polêmicos, que atingem convicções morais podem ajudar a repensar o modelo institucional para que este se torne mais deliberativo e igualitário e de discussão coletiva, neste sentido a proposta de GARGARELLA em incluir todos os potencialmente afetados no processo e possibilitar uma escuta mútua com oportunidade de ressignificar o pensamento pode colaborar para que as decisões sejam atentas a pluralidade social.

A partir da ADPF nº 347/DF (Estado de Coisas Constitucional) foram apresentados oitenta e quatro projetos de lei, dez destas propostas mencionam expressamente a decisão do Supremo Tribunal Federal nas suas justificativas outras nove dialogam indiretamente, as demais propostas não tinham conexão com a decisão da Corte. O caso consistia na problemática da superlotação, a eficiência na prestação jurisdicional, criação de condições para o retorno do encarcerado a sociedade, participação da sociedade em conselhos de segurança, transferência do FUNPEN e trabalho do preso.

Ao se pronunciarem os Ministros pontuaram que o descaso com o sistema carcerário se revelava pela inércia e omissão legislativa, inexistência de uma tentativa de modificação da situação e ausência de política pública, todavia observa-se que existe uma quantidade expressiva de propostas legislativas em tramitação.

Observou-se que após a declaração de Estado de coisas inconstitucional, houve um aumento de projetos visando a atender algumas demandas, exemplos: para promover a articulação da sociedade civil e o fortalecer o conselho comunitário na ressocialização do preso,³⁰² regularizar normas do FUNPEN,³⁰³ estabelecer princípios para elaboração e gestão de política de humanização do sistema penitenciário, promoção de política voltada a educação de homens e mulheres no cárcere;³⁰⁴ projeto para estabelecer plano de ação visando a eficiência

²⁹⁹PL 5120/2013 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>

³⁰⁰PL 620/2015 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=969166>

³⁰¹ PL Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432967>

³⁰²PL 7558/2017 disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2133102>

³⁰³PL 1464/19 disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1718601&filename=PL+1464/2019

³⁰⁴PL 6177/2016 disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2112231>

do sistema penitenciário³⁰⁵; e projeto que estabelecendo critérios para prisão domiciliar com o objetivo de amenizar a superlotação.³⁰⁶

Apesar de considerar que a população carcerária é sub-representada o levantamento dos projetos de lei mostraram que a decisão do Supremo Tribunal gerou efeito tendo resposta ágil por parte do Parlamento.

O uso do instituto colombiano do Estado de coisas inconstitucional, pelo Supremo Tribunal na ADPF nº 347/DF não implica apenas a reconhecer a violação sistemática de direitos fundamentais dentro das unidades de encarceramento, mas também é necessário se inspirar e seguir o modelo intervenção dialógica pois a experiência colombiana foi frutífera e originou ordens flexíveis e monitoramento do cumprimento da decisão no intuito de promover as reformas necessárias envolvendo os Poderes para superar.

O diálogo foi aprofundado em razão da Corte colombiana expedir ordens de procedimentos envolvendo o Estado e a sociedade civil na elaboração de política pública. As audiências públicas se tornaram um espaço de discussão e consenso quanto às políticas públicas e sua implementação. Sem dúvida essa combinação da sentença e a inclusão da participação pública cria um espaço de deliberação, oferecendo alternativas potencialmente democráticas para a tutela dos direitos fundamentais.³⁰⁷

É mister discutir se as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal terão o mesmo desdobramento da Colômbia, tendo em vista que a Corte Colombiana, mesmo com as dificuldades, já desenvolve formalmente um processo claro de implementação do diálogo com os demais Poderes e a sociedade por meio das audiências públicas e o monitoramento das ações planejada e executadas por cada órgão competente, diferente da Corte brasileira, que não o faz explicitamente. Os projetos de lei propostos na Câmara dos Deputados sinalizaram a viabilidade de desenvolver um diálogo, mas existe um longo caminho até a tramitação final para se tornar lei e é preciso considerar que no constitucionalismo democrático marcado pela interação entre os Poderes há de se conviver com o caráter político de todos e as tensões próprias da democracia.

Referente à decisão da ADO nº 26/DF (criminalização da homofobia) foram identificados catorze projetos de lei em tramitação. Dois projetos antecedem a ADO, mas tratam de definir crimes de ódio e intolerância e a ampliação da proteção da Lei nº 11.340/06 às pessoas

³⁰⁵PL 4941/2016 disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081646>

³⁰⁶PL 6853/2017 disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123101>

³⁰⁷ GARAVITO e FRANCO, *Op.cit.* p. 133

transexuais e transgêneros. Os doze projetos de lei restantes dialogam diretamente com a decisão. Entre as proposições está alteração da Lei nº 7.716/89 para punir situações de discriminação ou preconceito quanto à identidade de gênero e orientação sexual e outra propondo a alteração da mesma lei para não enquadrar, de forma análoga, a homofobia como crime de preconceito; tornar o LGBTcídio como circunstância qualificadora de homicídio; elaboração de diretrizes educacionais para o enfrentamento da homofobia; cumprimento do princípio da reserva legal em razão Supremo violá-lo; garantia do exercício da liberdade religiosa nos temas relativos a sexualidade.

Estes temas abordados no controle de constitucionalidade e algumas das justificativas contidas na resposta do Poder Legislativo sinalizam que os problemas jurídicos vão além do que está positivado na norma, incluem questões morais e o domínios de outros conhecimentos em razão disto urge a necessidade de se pensar em caminhos que proponham soluções mas sem abandonar a legitimidade democrática.

Os conflitos e tensões que permeiam as relações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo são possíveis e inegáveis quando há uma separação de poderes disciplinada de modo expresso e taxativa pela Constituição, três propostas legislativas apresentadas no Congresso após a decisão do Supremo Tribunal ilustram esta realidade.

Os projetos de lei nº 4075/2019, 4370/2019 e 4946/2019, apresentados após o julgamento da ADO nº 26/DF exemplificam esta tensão. O primeiro propõem alterar a Lei. nº 9868/99 para proibir a tipificação de conduta ou criação de tipo penal por decisão na ações de controle concentrado de constitucionalidade por considerar o excesso do Supremo legislar ao tempo que o Parlamento discute a matéria ou qualquer outro tema.³⁰⁸

O segundo exemplo refere-se ao Projeto de Lei nº 4370/2019, que propõem estabelecer o cumprimento do Princípio da Reserva Legal no Direito Penal, justificando que a violação do princípio pela decisão do Supremo Tribunal abriria precedente para sua relativização ampliando para todos os órgãos do Judiciário.³⁰⁹

A propósito desta proposição resgata-se o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes ao discutir sobre o Controle de constitucionalidade por omissão, no qual diz que a regra editada pelo Tribunal é incompatível com o princípio da separação dos poderes e do princípio da

³⁰⁸PL 4075/2019 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212100>. Acesso 12 de fev.de 2020

³⁰⁹PL 4370/2019 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2214327> Acesso 12 de fev.de 2020

reserva legal, devendo o Tribunal limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e determinar ao legislador as providências para sanar.³¹⁰

Para finalizar, a Projeto de Lei 4946/2019 propõem a garantia da liberdade religiosa nos temas relativos à sexualidade, nos moldes do inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil justificando que a decisão da Corte na ADO nº 26/DF poderia acarretar cerceamento de liberdade religiosa e criminalização das lideranças religiosas por considerarem homossexualidade pecado.³¹¹

Na dinâmica constitucional as tensões são inevitáveis entre os Poderes e advêm, primordialmente, dos limites da competência do Supremo Tribunal Federal e da resposta dada pelo Poder Legislativo pois envolvem diferentes valores (vontade popular, linguagem dos direitos, a pressão por um eficiência) no entanto ela pode ser funcional para a produção de boas decisões.³¹²

Contudo, apesar das tensões, o teor do art. 102, § 2º da Constituição Federal dispõe que as decisões definitivas de mérito proferida pelo Supremo se vinculam relativamente aos demais órgão do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei com efeito vinculante e *erga omnes* e excluir o Legislador constata-se que há possibilidade jurídica do Legislativo superar a decisão da Corte. Dessa forma com a vinculação dos outros poderes e órgãos estatais, somente o Poder Legislativo poderá propor nova proposta.

O fato é que a interpretação das normas constitucionais é tarefa implexa em um Estado Democrático de Direito. O exame dos julgados e o levantamento dos projetos de lei expressam como os conflitos relacionados aos direitos fundamentais sediam os problemas, por isso é necessário uma alternativa que dinamize as relações entre os Poderes.

Efetivamente os Poderes são harmônicos e independentes, deste modo figura considerar que nenhum deles possa impor seu entendimento aos outros de modo definitivo. A complexidade se dá por ter um Poder Judiciário que é responsável por verificar a conformidade das leis com a Constituição e um Poder Legislativo que não está atado ao entendimento firmado pela Jurisdição Constitucional pois a ele não é imposta a vinculação

³¹⁰ MENDES, Gilmar. *Op.cit.* 2000. p. 75

³¹¹ PL 4946/2019 Disponível em <https://camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2219488> Acesso 12 de fevereiro de 2020

³¹² MENDES, Conrado Hubner, *Op.cit.* p. 190

sendo possível propor emenda constitucional, leis ordinárias ou complementares sobre decisões proferidas da Corte.

Então é a partir destas observações que a teoria dos diálogos constitucionais se insere, sob a perspectiva de contemplar a atuação políticas de vários sujeitos transpondo a compreensão da legitimidade superior e final de intérprete da Constituição pela Corte, propondo uma alternativa dialógica para a construção do verdadeiro sentido constitucional.³¹³

O conceito e os modelos de diálogo divergem dentro da própria teoria dialógica. Nem toda resposta legislativa pode ser considerada diálogo, sendo mais reflexões do que resposta³¹⁴ ou simples rejeição a leis impugnadas.³¹⁵

Partindo do pressuposto que qualquer manifestação do Legislativo sobre a decisão da Corte seja um diálogo, percebe-se que a maioria das decisões discutidas deram origem a alguma resposta legislativa.

É notório que nos votos de alguns Ministros há um convite da Corte ao legislador para um diálogo, algumas manifestações ressaltam o diálogo, seja entre a Corte e Parlamento seja entre todos os Poderes e a sociedade. A utilização das audiências públicas, realizadas pela primeira vez no caso da pesquisa com células troncos, é mais uma ação que demonstra a possibilidade de dialogar.

Falar em diálogo constitucional persuade e representa defender a estabilidade institucional, entretanto na prática há de considerar o jogo político, os acordos e desacordos que existem. O constitucionalismo democrático é marcado pela interação dos poderes e há um caráter político em cada um deles diálogo constitucional.³¹⁶

A abertura para o diálogo existe, acontece em alguns momentos, no entanto é necessário que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário tomem consciência da existência e da potencialidade desse mecanismo.

³¹³ BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 119. jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

³¹⁴ PETTER, A. *apud* GARGARELLA, *Op.cit.* posição 2815 – E-book-kindle

³¹⁵ BATEUP *apud* GARGARELLA, *Op.cit.* posição 2815 – E-book-kindle

³¹⁶ FISHER, L. *apud* BENVINDO, Juliano. **A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia na Constituição Brasileira.** Rev. De Informação Legislativa. Ano 51.no 201. Jan/mar 2014 p.73 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502953/001002780.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso 10 de fevereiro de 2020

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Este trabalho teve como objetivo contribuir com o complexo e múltiplos posicionamentos que envolvem as relação entre Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal analisando a forma de superação às decisões da Corte pelo Legislativo por meio do levantamento das propostas legislativas. Muito há para de descobrir pois a reação do Legislativo frente as decisões do Supremo ainda é um tema de estudo pouco explorado.
2. A Constituição Federal tem sido a grande moderadora das relações entre Poderes e sociedade, se firmando como um importante meio de regulação social frente a instabilidade de governos em diferentes períodos históricos, não apenas no Brasil mas em outros países.
3. A soberania e superioridade normativa da Constituição provocaram a abertura para discussão sobre a Jurisdição Constitucional e a possível centralização das decisões no Poder Judiciário. A partir destas questões procurou-se entender as raízes da revisão judicial pelos principais modelos constitucionais, o americano, por meio das ideias dos *The Federalist*, e o caso *Madison vs. Marbury* que se tornaram emblemáticos para a compreensão do controle de constitucionalidade como também discutir a legitimidade democrática com a ascensão do ativismo judicial.
4. O debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen afirma a atualidade das suas contribuições. Por Schmitt quando aponta o jogo de interesses no parlamento em troca de apoio e Kelsen quando percebe as distorções da vida parlamentar e sugere mudanças no sentido de extinguir a imunidade parlamentar, a ampliação do plebiscito e o estímulo para apresentação de projetos de iniciativa popular, pontos que ainda hoje são discutidos.
5. A Jurisdição Constitucional brasileira aponta o advento da Constituição Federal de 1988 como fator que potencializou o papel do Supremo Tribunal Federal, aumentando a judicialização da política e assumindo a competência do Parlamento na resolução de demandas vindas da sociedade, seja pela ineficiência, omissão ou crise de representatividade.
6. A expansão do Judiciário se deu também com o amplo catálogo de direitos, a ampliação do rol de legitimados para propositura de ação de controle de constitucionalidade.
7. O Supremo Tribunal Federal se afastou do dogma do legislador negativo, incorporando a aplicação de princípios constitucionais e a abertura para argumentos interdisciplinar. As audiências públicas e a admissão de *amicus curiae* são ilustrações desse modelo.

8. É necessário afastar a crença de que o Poder Judiciário tenha capacidade superior ao Poder Legislativo na interpretação da Constituição, pois o Parlamento além de ter significativa capacidade de coletar informações e ponderar interesses variados, tem um processo de tramitação das propostas legislativas estritamente rigoroso, com a consulta a diversas comissões, amplo debate no Congresso e audiências públicas que também colaboram para um processo claro e construtivo na elaboração da lei.

9. A partir das críticas sob uma possível supremacia judicial buscou-se construir alternativas para que os Poderes Judiciário e Legislativo atuem dentro de suas capacidades institucionais para interpretar a constituição destes fatores.

10. O litígio estratégico apresenta temas que provocaram impacto político e jurídico viabilizando o diálogo constitucional. E sua utilização nas ações atingiram o objetivo de ampliar o debate não apenas na arena jurídica mas na política e social, principalmente por meio de *amicus curiae*.

11. O Supremo Tribunal Federal deve se utilizar das audiências públicas e do *amicus curiae*, enquanto instrumentos de participação social, ambos os institutos suscitam debate sobre serem um mecanismos de ampliação de legitimidade da atuação da corte dando uma característica mais participativa no processo

12. O modelo dialógico, que tem sido discutido há alguns anos, surge como uma forma de promover a interação entre os Poderes. E poderia ser inspirado a partir das experiências do Canadá, Reino Unido e da Corte Constitucional colombiana.

13. A não vinculação do Poder Legislativo as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo deveria ser mais explorada no sentido de estimular o Poder Legislativo sanar a omissão ou a inconstitucionalidade Isso promove não a supremacia de um ou outro poder, mas a flexibilidade e uma interação na solução de questões constitucionais complexas

14. As teorias dialógicas estão voltadas a interação entre juízes e legisladores, buscam demonstrar uma nova forma do processo legislativo e da revisão judicial, semeando a ideia da interlocução institucional, afastando a supremacia da última palavra. Seu diferencial é que além da interação entre os Poderes Públicos, ela visa a inclusão da sociedade civil processo.

15. Em razão da abertura da participação da sociedade nesse processo que o Litígio Estratégico surge como um método dialógico. Em sua essência é uma ferramenta que atua na ampliação do debate sobre questões sensíveis, que envolvem não apenas a arena judicial, mas a política e a social, recorrendo a casos paradigmáticos que envolvam questões deficientes em matéria de garantia de direitos e estruturação de políticas públicas.

16. Os casos estudados neste trabalho são modelos de litigância estratégica submetidas ao ações de controle de constitucionalidade e possibilitaram algumas reflexões sobre o modelo dialógico.

17. Apesar das críticas dirigidas ao Supremo Tribunal quanto ao seu ativismo judicial, uma possível supremacia, dificuldade contramajoritária e incompetência para decisões políticas, verifica-se que as ações foram propostas por partidos políticos o que pode sinalizar uma deferência ao Poder Judiciário ou confirmar a tese de que a omissão legislativa é uma estratégia para se poupar do custo político de determinadas matérias. Por esta razão é necessário se reverem os modos de interação principalmente porque as ações reivindicam questões de direitos fundamentais e muitas das decisões do Supremo se desdobrarão na necessidade de criação e implementação de políticas governamentais, competência não atribuída ao Poder Judiciário.

18. Em matéria de diálogo observa-se a abertura do Supremo para uma interação e ainda que não tão formalizado as decisões do Supremo provocaram reações no Legislativo, tirando-o da inércia e da omissão.

Deste trabalho retira-se conclusões otimistas como a possibilidade de que as ações de litígio estratégico possam estimular o diálogo constitucional entre os poderes, no entanto há necessidade de superar o que está por trás das instituições, pois não há como negar que questões políticas e de interesses influenciam as instituições. No entanto nas matérias que envolvem os direitos fundamentais, essa pequena amostra analisada sinaliza o declínio da Corte ao diálogo. O que se mostrou necessário é um maior envolvimento do Parlamento não apenas na superação de respostas mas na adoção frequente dos instrumentos de democracia, tão subutilizados: o referendo, plebiscito e as leis de iniciativa popular. Dessa forma acredita-se que a população ao ser instigada se manifeste sobre os temas de ordem constitucional que também lhe afetam e o Poder Legislativo terá maior respaldo para suas ações e proposições aumentando os níveis de democracia na elaboração de suas proposições.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>

ALMEIDA, Eloisa Machado; VILHENA, Oscar. **Advocacia Estratégica em direitos humanos: a experiência da Conectas**. In Revista SUR, vol. 8, n.15, dezembro de 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/home/edicao-15/>. Acesso 08 de abril de 2019

ALMEIDA, Eloísa Machado de; CARVALHO RAMOS, André de. **Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ALMEIDA, Eloísa Machado de; **Capacidades institucionais do amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência**. Rev. Direito Práxis., Rio de Janeiro, vol. 10, no 1, 2019, p. 678-707. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39502>. Acesso: 20 de outubro de 2019

ALMEIDA, Fernando R. M. In MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://ava.uninove.br/seu/AVA/biblioteca/biblioteca.php>. Acesso em 20 de julho de 2019

ALVES, Samira R.P A *et. al.* **Litigância Estratégica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os seus efeitos estruturais no Brasil**, in AMARAL Jr. A.; PIOVESAN, F. e DANESE, P. M.(orgs). **50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto e Perspectivas**. Salvador: Ed. Juspodium, 2020 pp. 157-196

ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. **O Estado de Coisas inconstitucional – uma análise da ADPF 347**. Revista do Curso de Direito. Universidade Metodista. V. 13, n. 13 (2016). Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/6767/5245>

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo Legislativo e orçamento público: a função do controle do parlamento**. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Univesidade de São Paulo. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-30042010-083530/pt-br.php+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari> . Acesso em 19 de julho de 2019.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI nº. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: **o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família**. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, June 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 fevereiro 2020.

BAKER, E.; CARVALHO, S. **Experiências de litígio estratégico no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed V1 no 20 Jun/14. Disponível: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007397-experiencias-de-litigio-estrategico-no-sistema-interamericano-de-protacao-dos-direitos-humanos>

BALEEIRO, Aliomar. 1891. **Constituições Brasileiras**, vol. 5. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas, 2012. p. 29 Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequence=5. Acesso em 21 de julho de 2019

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **“Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Synthesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais UERJ. V.5, no 1, 2012. http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/120320190516_BarrosoJudicializa_c807a771o.pdf. Acesso em 08 de abril de 2019

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015

BARROSO, Luíz Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, 2016 p.23-50.

BENVINDO, Juliano. **A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia na Constituição Brasileira**. Rev. De Informação Legislativa. Ano 51.no 201. Jan/mar 2014 p.71-95

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 Brook. L. Rev. 2006. p.1109-1180. Disponível em <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso 11 de janeiro de 2020

BERGALLO, Paola. **Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina**”. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 45, 2005, p. 1. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45. Acesso 02 de junho de 2019

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004 p. 127. Disponível

em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 fev. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros 2008

BRANCO, P.G.G. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília, 2008. Disponível em https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5128/1/2008_PauloGustavoGonetBranco.pdf Acesso 27 de julho de 2019

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADI 3510, disponível em www.stf.jus.br.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, disponível em www.stf.jus.br.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347, disponível em www.stf.jus.br.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO 26, disponível em www.stf.jus.br

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Del Rey, 2015,

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAinfo: Estado de Coisas Inconstitucional**. <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas--inconstitucional> Acesso: 06 de abril de 2019.

CAMPOS. Carlos Alexandre de A. **O Estado de coisas inconstitucional e o Litígio Estrutural**. Disponível em: https://www.academia.edu/32466957/Con_Jur_Carlos_Campos_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_litigio_estrutural

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre, 1999

CARDOSO, Evorah. **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARDOSO, Evorah. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. 2012. Tese. (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Doi: 10.11606/T.2.2012.tde-16052013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php> . Acesso em 06 de abril de 2019

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Rev. Direito GV – São Paulo 6 (1). p. 159-174. Jan/jun 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>. Acesso 17 de janeiro de 2020

CLÈVE, Clémerson M.; LORENZE, Bruno M. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez; COVELLI, Tatiana Rincón; MARTÍNEZ, Silvano Cantú. **Litígio Estratégico em Derechos Humanos**. Modelo para armar. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), México, 2011. Disponível em: <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>. Acesso 21 de março de 2019

CORREA MONTOYA, Lucas. **Litígio de alto impacto: Estratégias alternativas para ensinar y ejercer el Derecho**. Opinion Jurídica, 2008, 7 (Julio-Diciembre) . Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94512646010> . Acesso em: 24 de março de 2019

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

DUQUE, CESAR. **¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?**. Aportes Andinos – Revista de Derechos Humanos. Ecuador. Dez de 2014. Disponível em: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4430/1/03-TC-Duque.pdf>
Acesso em 24 de março de 2019

ERRC, INTERRIGHTS, MPG (2004). **Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice**. European Roma Rights Centre – ERRC, Interights, Migration Policy Group – MPG. Disponível em: <http://www.errc.org/training-materials/strategic-litigation-of-race-directive-in-europe-from-principles-to-practice>. Acesso 20 de março de 2019

ESCOSSIA, Matheus H. dos S. **O Diálogo Constitucional numa perspectiva Brasileira: um Colóquio contínuo entre os Três Poderes**. RDU. Porto Alegre, v. 11, n.63, 2015, p.65-83

FAUSTO, Bóris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo, EDUSP, 2012 p. 289

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. RIFP, 17, 2001. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.
Acesso 30 de julho de 2019

FIGUEIREDO, Argelina C; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001

FURLAN, Fabiano F. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Jan/mar. 2003, p. 23. Disponível

em Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291/144>. Acesso 27 de julho de 2019

FRANK, JEROME. **Why not a clinical Lawyer-School.** disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5092&context=fss_papers. Acesso: 20 de março de 2019

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism.** 49 American Journal of Comparative Law. (2001). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=302401> . Acesso 30 de agosto de 2019

GARGARELLA, Roberto. BERGALLO, Paola. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Siglo XXI Editores, 2014. E-book. Kindle

GARGARELLA, Roberto. **La «sala de máquinas» de las constituciones latino-americanas: Entre lo viejo y lo nuevo.** Nueva Sociedad N^o257, julio-agosto de 2015, ISSN: 0251-3552. Disponível em: https://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf. Acesso 20 de janeiro de 2020

GARGARELLA, Roberto, in FABRA ZAMORA, Jorge Luis; SPECTOR, Ezequiel (orgs). **Constitucionalismo vs. Democracia in Enciclopedia de Filosofía y Teoría Del Derecho.** Vol. 3. p. 2000. 2015. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. E-book. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>. Acesso em 10 de fev. de 2020

GONZALES MORALES, Felipe . **El Trabajo clínico em matéria de derechos humanos e Interés público em América Latina.** Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Universidade de Deusto. Bilbao. 2004. Disponível em: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho27.pdf>. Acesso 02 de junho de 2019

GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos ; RINCÓN COVELLI, Tatiana; CANTU MARTÍNEZ, Silvano . **Litigio Estratégico em Derechos Humanos. Modelo para armar. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), México, 2011**

GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos. (Coord.). 2011. **Modelo para armar: litigio estratégico en derechos humanos.** México D.F.: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** in Revista de Direito Público N^o 60, p. 15 – Nov-Dez/2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso 28 de julho de 2019

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **The Federalist Papers**. Disponível em: 24 de julho de 2019 <https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/>. Acesso 24 de julho de 2019

HOGG, Peter W.; BUSHEL, Allison. **El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas** in GARGARELLA, Roberto. BERGALLO, Paola. Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Posição 125-643 Siglo XXI Editores, 2014. E-book

HOGG, Peter W. and BUSHELL, Allison A.. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)." *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997): 75-124. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso 10 de agosto de 2019

JAICHAND, Vinodh. **Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de direito**. In SUR. Revista internacional de Direitos humanos. Jun/2004. Disponível em: <https://sur.conectas.org/estrategias-de-litigio-estrategico-de-interesse-publico-para-o-avanco-dos-direitos-humanos-em-sistemas-domesticos-de-direito/> Acesso em 20 de março de 2019

JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. **Jurisdição Constitucional Política**. São Paulo: Saraiva, 2016

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2003

LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: Uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012

LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: **A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Direito, Estado e Sociedade n.45 p. 10 a 31 jul/dez 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo1.pdf>. Acesso 15 de janeiro de 2020

LODOÑO TORO, Beatriz. **Educacion legal clinica y litigio estratégico em Iberoamerica**. Bogotá: Ed. Universidade del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015 .

LODOÑO TORO Beatriz; ÁVILA, Lina Munhoz; DÍAS, Ana Milena Coral, **El concepto de litígio estratégico em América Latina: 1990-2010**. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a03.pdf>. Acesso em março de 2019

LOSEKANN, Cristiana. **Tipificando os efeitos de litígios entre empresas e movimentos sociais**. Homa Pública. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. V.1 Nov/2016. Disponível em <http://homacdhe.com/journal/2018/04/09/tipificando-os-efeitos-de-litigios-entre-empresas-e-movimentos-sociais/>. Acesso 01 de abril de 2019

Litigância Estratégica em Direitos Humanos Experiências e reflexões". Fundo de Direitos Humanos. Ford Foundation, 2015. Disponível em:

<https://fundodireitoshumanos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>

MAGALHAES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000. Acesso 02 de fevereiro de 2020

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. **Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50125/0>, acesso 01 de abril de 2019

MARONA, Marjorie C. M.; ROCH, Marta M. da; **Democratizar a Jurisdição Constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**, Rev. Sociol. Política. V.25, n.62.p. 131-156, jun. 2017.

MARTINS, Ives G. da Silva. **30 anos da Constituição e o protagonismo da Suprema Corte**, *In* 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, p. 16

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **A Jurisdição Constitucional como Instrumento de defesa dos Direitos Fundamentais**. PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.3, n. 2, p. 350-366, jul./dez.2006.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008.Tese de Doutorado (Ciência Política) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Doi: 10.11606/T.9.2008.tde-05122008-162952. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. acesso em 04 de abril de 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: C.Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

MONTOYA, Lucas; VÁSQUEZ SANTAMARÍA, Jorge Eduardo. **La enseñanza clínica del Derecho transformando la forma de enseñar y ejercer el Derecho**. *In* Studiositas, vol.3, No 1, 2008, p. 34-40 . disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3063169>. Acesso em 30 de março de 2019

NETO, Claudio P. de S.; SARMENTO, Daniel. **A trajetória constitucional Brasileira**. *In*: **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte. Fórum, 2012 .https://www.academia.edu/18517817/Cláudio_P._S._Neto_e_Daniel_Sarmento_-_Direito_constitucional-teoria_história_e_métodos_de_trabalho_PDF. Acesso 20 de julho de 2019

NETO, Claudio P. de S.; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção**

judicial. In: Revista Quaestio Iuris, vol. 06, n.02, p. 110-161. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/814>. Acesso em 02 de abril de 2019

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Gustavo Mel.; NUNES, Dierle. **Controle de Constitucionalidade é jurídico, não político.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 04 abril 2019.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política no Supremo Tribunal Federal.** Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. USP, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>. Acesso 20 de julho de 2019

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial** : entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Lumen Juris, 2018. p.05. Acesso 30 de julho de 2019

PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional transformador: O impacto do Sistema Interamericano.** In Cadernos de Pós-Graduação em Direito : estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011- p. 04-23. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_36_2016.pdf. Acesso 10 de julho de 2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** Saraiva, 2013.

PFLUG-MEYER, Samantha. **A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 02 de ago. de 2019. Documento eletrônico/não paginado

PFLUG-MEYER, Samantha. **A Constituição de 1988 e sua regulamentação.** Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Samantha_Ribeiro_Meyer-Pflug_a_constituicao.pdf. Acesso 10 de agosto de 2019. Documento eletrônico/não paginado

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RESENDE, Ranieri L.; VIEIRA, José Ribas. **Judicial Review e Democracia, caminhos para um controle de dialógico de constitucionalidade.** Rev.Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. No 113 p. 421. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/372/360> Acesso. 30 de outubro de 2019

ROACH, Kent. **Dialogic Judicial Review and its Critics.** Supreme Court Law Review (2nd), Vol. 23, pp. 49-104, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1144790>. Acesso 12 de janeiro de 2020

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America.** Forthcoming In *Texas Law Review*,

Volume 89, Issue 7, 2011. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf> . Acesso 02 de junho de 2019

RODRÍGUES GARAVITO, César y FRANCO RODRÍGUEZ Diana. **Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 14-15

SÁ, Mariana; BONFIM, Vinicius Silva. **A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial**. Revista Brasileira de Política Públicas. Vol.5. n. 2 (2015) Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3126>. Acesso em 04 abril

SANTIAGO, Marcus. **Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade**. in Passagens. Revista Internacional de História, Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, vol. 7, no.2, maio-agosto, 2015, p. 289. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/40/41>. Acesso 25 de julho de 2019

SCOTT L., CUMMING e Deborah L. **Rhode, Public Interest Litigation: Insights From Theory and Practice** 36 Fordham Urb. Disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol36/iss4>. Acesso em 02 de junho, 2019

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte. Del Rey, 2007

SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. **Estado de Coisas Inconstitucional” e Diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 7, p. 117-141, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano.47, no.187, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198698/000897822.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2019

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2003.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro. Ed Forense, 2004.

SUSTEIN, Cass R.. **Beyond Judicial Minimalism. The Law Scholl The University of Chicago**.

September 2008. 25 pp. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1274200. Acesso em 27 de julho de 2019

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2019. Disponível em: <https://ava.uninove.br/seu/AVA/biblioteca/biblioteca.php>. Acesso 25 de julho de 2019

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**. Revista de Direito GV, São Paulo, 2008. p. 407-440. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-08_5_407_440_a_constituicao_de_1988_vinte_anos_depois_marcos_paulo_verissimo.pdf. Acesso em julho de 2019

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/publico/Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2019.

VILHENA, Oscar. **Supremocracia**. In Revista Direito GV, São Paulo. Vol 4, no 2, 2008 p. 441-464. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso 02 de abril de 2019

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, p. 1346-1406, 2006. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso 25 de jul. de 2019

WALDRON, Jeremy. **Judicial Review and Judicial Supremacy** (2014). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Disponível em https://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/495. Acesso em 15 de dezembro de 2019

WALDRON, Jeremy. **Control de constitucionalidad y legitimidad política**. Dikaion, v. 27, n.1 p. 7-28, June, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v27n1/0120-8942-dika-27-01-00007.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2019

ANEXO

ANEXO 1

Propostas legislativas

Ação direta por Inconstitucionalidade 3510 – Lei de Biossegurança

| PROJETO DE LEI | APRESENTAÇÃO | EMENTA | DADOS COMPLEMENTARES |
|----------------|--------------|---|--|
| 3067/2005 | 25/03/2008 | Alteração da Lei 11.105/05 | Estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP; proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas. |
| 5134/2005 | 04/05/2005 | Altera a redação do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, e dá outras providências. | Torna crime inafiançável a utilização e pesquisa com células-tronco obtidas de embrião humano. |

Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – União Homoafetiva

| Proposição | Apresentação | Ementa | Dados complementares |
|--------------|--------------|--|--|
| PL 507/2007 | 27/03/2007 | Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva | |
| PL 2285/2007 | 25/10/2007 | Dispõe sobre o Estatuto das Famílias | Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, incluindo o reconhecimento da união homoafetiva |

| | | | |
|--------------|------------|--|--|
| PL 5167/2009 | 05/05/2009 | Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. | Estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar |
| PL 4914/2009 | 25/03/2009 | Aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento. | |
| PL 1510/2011 | | Acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para | PL fundamenta a justificativa no |

| | | | |
|--------------|------------|--|--|
| | | permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos. | reconhecimento pelo STF, a equiparação da união homossexual à heterossexual, classificando esta como “entidade familiar” e viabilizando o direito à união estável |
| PL 1865/2011 | 14/07/2011 | Regulamenta o artigo 226, § 3º da Constituição Federal | A PL pretende regulamentar o Art. Art. 226 § 3º para que o único tipo de união que deve ser reconhecida e convertida em casamento é aquela entre um homem e uma mulher, não reconhecendo aqui a União Estável de pessoas do mesmo sexo. |
| PL 5120/2013 | 12/03/2013 | Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo | PL fundamentada no julgamento da ADP 132 |
| PL 1099/2015 | 09/04/2015 | Acrescenta os arts. 473-A e 473-B à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para regulamentar a licença-paternidade a que se refere o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal, e altera as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de junho de 1991, que dispõem, respectivamente, sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências; e sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências | Este PL contempla a paternidade estabelecida em relações homoafetivas, dada a tendência ao reconhecimento a nova situação jurídica. |
| PL 620/2015 | 06/03/2015 | Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção conjunta por casal homoafetivo. | |
| PEC158/2015 | 21/10/2015 | Dá nova redação ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. | A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, sedimentou-se o entendimento segundo o qual a Constituição não limita o conceito de família à união entre homem e mulher, havendo sido declarada como família a união de pessoas do mesmo sexo, que – a toda evidência – goza da proteção especial conferida pelo caput do art. 226 da Lei Fundamental |
| PL 5041/2016 | 18/04/2016 | Altera o artigo 1.596 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil -, para criar a figura do vínculo parental socioafetivo | |
| PL 2927/2019 | 16/05/2019 | Assegura às pessoas que mantenham união estável homoafetiva o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação desenvolvidos pelo Governo Federal e dá outras providências. | |
| PL 2653 | 07/05/2019 | Dispõe sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais | A justificação da PL também é fundamentada no reconhecimento da constitucionalidade de |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | diversos modos de ação afirmativa pelo STF |
|--|--|--|--|

Arguição por descumprimento de preceito fundamental 347 – Estado de coisas inconstitucional

| PROJETO DE LEI | APRESENTAÇÃO | EMENTA | DADOS COMPLEMENTARES |
|----------------|--------------|--|---|
| PL 871/2007 | 25/04/2007 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para tornar obrigatória a oferta de trabalho aos presos condenados e para prever a execução de atividades laborais como condição para a progressão de regime, saída temporária, livramento condicional e conversão de pena | |
| PL 729/2011 | 16/03/2011 | Autoriza o Poder Executivo a conceder benefícios fiscais às empresas que contratarem egressos do sistema prisional. | |
| PL 690/2013 | 05/12/2013 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1994 - Lei de Execução Penal - para proibir o contato físico entre o preso e seus visitantes, inclusive com advogado | |
| PL 5183/2013 | 20/03/2013 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e dá outras providências | Estabelece a ampliação do prazo de duração do regime disciplinar diferenciado; altera a periodicidade de visitas de semanal para mensal; cancela as visitas íntimas; determina o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 30 (trinta) dias. |
| PL 35/2015 | 02/02/2015 | Acrescenta parágrafos aos arts. 40 e 55 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para dispor sobre a exigência de contratação de presidiários e egressos pelas empresas contratadas para a execução de obras ou serviços a serem executados em estabelecimentos prisionais | |
| PL 470/2015 | 25/02/2015 | Altera o Código de Processo Penal para estabelecer a audiência de custódia, e dá outras providências. | |
| PL 1506/2015 | 13/05/2015 | Institui o Dia Nacional da Ressocialização no Sistema Penitenciário Brasileiro; atribui benefícios às iniciativas de inclusão social quando considerado o regime aberto ou semiaberto, e dá outras providências | |
| PL 1625/2015 | 20/05/2015 | Revoga a prisão domiciliar, prevista na Lei nº 5.256, de 6 de abril de 1967. | |
| PL 2682/2015 | 14/08/2015 | Dispõe sobre a dedução dos encargos sociais devidos pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, em caso de contratação de egressos do sistema prisional ou de pessoas em cumprimento de pena | |
| PL 2683/2015 | 19/08/2015 | Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro | |

| | | | |
|--------------|------------|---|---|
| PL 2686/2015 | 19/08/2015 | Determina que os estabelecimentos penitenciários disponham de escâner corporal, ao qual devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento | |
| PL 2693/2015 | 19/08/2015 | Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993; nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; e nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para exigir a reserva de percentual da mão de obra destinada ao cumprimento de contrato celebrado com a Administração Pública a condenados e egressos do Sistema Penitenciário, e dá outras providências. | |
| PL 2757/2015 | 25/08/2015 | Institui nova hipótese de remição de parte do tempo de cumprimento da pena na Lei de Execução Penal, consistente na leitura de obra literária, científica ou filosófica e da outras providências | |
| PL 2873/2015 | 02/05/2015 | Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa e espiritual por meio de capelania nos estabelecimentos que menciona e dá outras providências | |
| PL 2979/2015 | 15/05/2015 | Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nos locais destinados ao cumprimento de penas de ordem criminal, e dá outras providências. | |
| PL 3149/2015 | 30/09/2015 | Dispõe sobre a dedução, do imposto devido pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou presumido, de um salário mínimo mensal por funcionário egresso do sistema prisional. | |
| PL 3439/2015 | 28/10/2015 | Altera a Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000, que "dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares". | |
| PL 3564/2015 | 10/11/2015 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1994 - Lei de Execução Penal - para proibir o contato físico entre o preso e seus visitantes, inclusive com advogado | |
| PL 864/2015 | 23/02/2015 | Aumenta a pena para os crimes de homicídio simples, homicídio culposo e homicídio qualificado | |
| PLP 250/2016 | 17/03/2016 | Dispõe sobre o repasse de recursos do FUNPEN - Fundo Penitenciário Nacional para construção de Centros para o Sistema Socioeducativo nos Municípios | |
| PL 4353/2016 | 04/02/2016 | Altera a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para regulamentar a prática de cultos religiosos no sistema penitenciário brasileiro | |
| PL 4357/2016 | 04/02/2016 | Autoriza o ingresso de ministros religiosos de qualquer credo para atendimentos religiosos nos locais que especifica | |
| PL 4373/2016 | 16/02/2016 | Cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal | Estabelece a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento de pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena. |

| | | | |
|--------------|------------|--|---|
| PL 4428/2017 | 18/02/2016 | Veda a concessão de autorização para saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, para condenados que cumprem pena privativa de liberdade pela prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos | |
| PL 4432/2016 | 18/02/2016 | Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para tornar obrigatório às exploradoras de serviços de telefonia móvel a restrição dos sinais de seu serviço no interior de estabelecimentos penitenciários | |
| PL 4938/2016 | 07/04/2016 | Altera dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. | Trata dos requisitos para concessão de saída temporária do preso |
| PL 4941/2016 | 07/04/2016 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. | Inclui entre os requisitos exigidos para diretor de estabelecimento penal a apresentação prévia de plano de ação. O projeto visa implantar o princípio constitucional da eficiência na administração penitenciária brasileira |
| PL 4943/2016 | 07/04/2016 | Altera a alínea d) do §1º do art. 29 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, com a seguinte redação: | Trata da utilização do produto da remuneração pelo trabalho do preso para ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a sua manutenção no presídio. |
| PL 5444/2016 | 01/06/2016 | Acrescenta um inciso VII ao art. 11 e uma Seção VII-A à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, tratando da assistência psicológica ao preso. | |
| PL 5586/2016 | 03/08/2016 | Dispõe sobre o custeio do sistema de monitoramento eletrônico pelos apenados com base na legislação penal brasileira. | |
| PL 5913/2016 | 03/08/2016 | Dispõe sobre o custeio do sistema de monitoramento eletrônico pelos apenados com base na legislação penal brasileira. | |
| PL 6027/2016 | 23/08/2016 | Cria estabelecimentos prisionais especiais para gestantes, parturientes e mães de crianças até seis anos. | Altera a Lei nº 7.210, de 1984. |
| PL 6133/2016 | 13/09/2016 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, especialmente quanto à autorização do benefício disposto no artigo 122, conforme específica. | Dispõe sobre a não autorização da saída temporária de condenado em datas comemorativas incompatíveis com a natureza do delito praticado |
| PL 6471/2016 | 10/11/2016 | Altera a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, para incluir entre os encargos das concessionárias de serviço público a reserva em seu quadro funcional de cotas para pessoas egressas do sistema prisional". | |

| | | | |
|--------------|------------|---|--|
| PL 6177/2016 | 20/09/2016 | Estabelece princípios, diretrizes e normas gerais para elaboração e gestão de políticas de humanização do sistema penitenciário brasileiro e altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para incluir entre os órgãos de execução penal a Prefeitura Municipal e dispor sobre a execução de medidas emergenciais ou extraordinárias visando dar cumprimento à Constituição Federal, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja signatário e à lei aqui referenciada no que tange à superlotação carcerária e às condições degradantes de delegacias, cadeias públicas e estabelecimentos penais brasileiros | |
| PL 6253/2016 | 06/10/2016 | Altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que Institui a Lei de Execução Penal, para estabelecer benefícios fiscais às empresas que utilizarem mão de obra de pessoas egressas do sistema prisional | |
| PL 6853/2017 | 08/02/2017 | Inserir incisos e parágrafos no art. 117 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e no art. 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e dá outras providências. | <p>Trata de prisão domiciliar para condenados a pena cujo limite máximo legal seja igual ou inferior a oito anos.</p> <p>O que este projeto de lei pretende é amenizar um dos principais problemas dos presídios brasileiros, que é a superlotação, o que vem ocasionando os graves problemas vivenciados hoje e impedindo que possa haver a mínima possibilidade de ressocialização dos presos condenados. Restringir a liberdade do acusado ou investigado através do recolhimento domiciliar parece ser a medida mais correta para aqueles que ainda sequer foram julgados. Noutro norte, o projeto prever a prisão domiciliar para os condenados por crimes de baixo impacto social, ou seja, para aqueles que praticaram crimes cuja pena máxima não exceda a 8 (oito anos)</p> |
| PL 6918/2017 | 15/02/2017 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal - a fim de definir diretrizes, objetivos e outros parâmetros referentes à assistência educacional nos estabelecimentos prisionais. | destaca-se a ausência de políticas voltadas para a educação de homens e mulheres em situação de privação de liberdade em estabelecimentos prisional |
| PL 6957/2017 | 23/02/2017 | Dispõe acerca da proibição de indenização pecuniária a ser paga pelo Estado, por danos morais ou materiais, na integralidade ou em | Interessante porque é um contraponto a decisão do STF em indenizar preso |

| | | | |
|--------------|------------|---|--|
| | | parte, a detentos do Sistema Prisional Brasileiro, e dá outras providências. | |
| PL 6979/2017 | 21/02/2017 | Altera a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. | Regula o trabalho do interno em estabelecimento penal, as condições dos estabelecimentos penais e as indenizações devidas Interessante pq é um contraponto a decisão do STF em indenizar preso |
| PL 7007/2017 | 23/02/2017 | Dispõe acerca da proibição de indenização pecuniária a ser paga pelo Estado, por danos morais ou materiais, na integralidade ou em parte, a detentos do Sistema Prisional Brasileiro, e dá outras providências. | |
| PL 7023/2017 | 07/03/2017 | Altera os arts. 396, 396-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. | Estabelece que a resposta à acusação antecederá o recebimento da denúncia sobrecarga de processos no, eficiência da prestação jurisdicional |
| PL 7026/2017 | 07/03/2017 | Acrescenta o art. 89-A a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. | Estabelece que o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo penal que tenha como objeto crime ocorrido há mais de cinco anos, quando não houver outra anotação penal relativa a fatos posteriores. |
| PL 7027/2017 | 07/03/2017 | Altera o art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. | Aumenta as possibilidades de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos |
| PL 7028/2017 | 07/03/2017 | Altera o art. 312 da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. | Exclui a possibilidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública e econômica. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. |
| PL 7031/2017 | 07/03/2017 | Altera os artigos 182 e 183 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal | Trata de ação penal relativa à crime contra o patrimônio. A proposta surge em conformidade com o princípio da última <i>ratio</i> do Direito Penal, que recomenda sua utilização somente quando não houver outros meios menos lesivos para atingir o mesmo resultado. A proposta é motivada, ainda, pela situação carcerária brasileira |

| | | | |
|--------------|------------|---|---|
| PL 7032/2017 | 07/03/2017 | Acrescenta parágrafo único ao art. 381 e § 1º ao art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. | Trata de requisito para anulação de sentença judicial e de decreto de prisão preventiva. |
| PL 7033/2017 | 07/03/2017 | Acrescenta §1º ao art. 593 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. | Estabelece que são irrecorríveis as sentenças que absolvem sumariamente o acusado por crime punível com pena máxima inferior a quatro anos. |
| PL 7034/2017 | 07/03/2017 | Acrescenta art. 405-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. | Trata da extinção de processo penal. A proposta é motivada, ainda, pela situação carcerária brasileira |
| PL 7301/2017 | 04/04/2017 | Altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), estabelecendo condições e critérios para o cumprimento de prisão domiciliar. | Cita ADPF 347 |
| PL 7338/2017 | 06/04/2017 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal, para determinar a conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar para condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental desamparados. | |
| PL 7453/2017 | 19/04/2017 | Estabelece normas para a criação do Sistema Nacional Prisional Autossustentável - SINAPAS. | Deve, então, o Poder Público utilizar todos os meios disponíveis para adequar o apenado às condições necessárias para o seu retorno à vida social, prevendo a sustentabilidade do sistema e a capacitação real do preso para o restante de sua vida fora do sistema prisional |
| PL 7528/2017 | 27/04/2017 | Altera o art. 126 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, que trata da remição | Trata de remição da pena pela leitura de obra literária clássica, científica ou filosófica. |
| PL 7558/2017 | 03/05/2017 | Altera os arts. 80 e 81 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais, que tratam dos Conselhos da Comunidade e suas atribuições. | Espécie de fortalecimento do conselho da comunidade para colaborar com a ressocialização |
| PL 7650/2017 | 16/05/2017 | Dispõe sobre os sistemas de revista aos visitantes nos estabelecimentos prisionais de qualquer espécie, e dá outras providências. | |
| PL 8162/2017 | 03/08/2017 | Estabelece a cobrança da fiscalização por meio da monitoração eletrônica aos apenados. | Altera a Lei nº 7.210, de 1984 e o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. |
| PL 8164/2017 | 03/08/2017 | Altera a Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - para determinar que o | |

| | | | |
|--------------|------------|--|--|
| | | custo do equipamento de monitoramento eletrônico seja pago pelo condenado. | |
| PL 9009/2017 | 06/11/2017 | Revoga os artigos 122, 123, 124 e 125, da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal. | Revoga dispositivos que tratam da saída temporária dos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto. |
| PL 9047/2017 | 08/11/2017 | Altera o parágrafo único do art. 87 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para autorizar o Poder Público a construir presídios específicos para condenados por crimes que discrimina quando cometidos contra a mulher | |
| PL 9354/2017 | 13/12/2017 | Dispõe sobre os direitos e deveres dos presos e dos adolescentes em privação de liberdade ao trabalho em empresas privadas no sistema carcerário ou nas unidades de internação e dá outras providências. | |
| PL 9402/2017 | 19/12/2017 | Altera a Lei de Execução Penal para dispor sobre as despesas do monitoramento eletrônico. | |
| PL 9461/2017 | 20/12/2017 | Autoriza o Poder Executivo a criar presídios especiais exclusivos para réus condenados por tráfico de drogas, na forma que discrimina | |
| PLP 370/2017 | 09/05/2017 | Altera a lei complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994 que cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. | Destina recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para os municípios que tenham em seus territórios sistemas prisionais. |
| PLP 345/2017 | 15/03/2017 | Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994 - Lei do Funpen, para disciplinar a construção de estabelecimentos penais com equipamentos de bloqueio de telefonia celular. | |
| PLP 470/2018 | 08/02/2018 | Estabelece prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a instalação de bloqueadores de sinais de telecomunicação nos estabelecimentos penitenciários; altera o art. 3º da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para estabelecer a aplicação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) na instalação, no custeio e na manutenção de bloqueadores de sinais de telecomunicação em estabelecimentos penitenciários e análogos; e acrescenta art. 135-A à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para estabelecer obrigações para as prestadoras de serviços de telecomunicações móveis de interesse coletivo | |
| PL9896/2018 | 27/03/2018 | Altera a redação do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984), dispondo sobre o regime de cumprimento de pena, dentre outras providências | Este projeto de lei tem por objetivo extinguir o regime semiaberto, permanecendo o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado em estabelecimento prisional ou no aberto em prisão domiciliar e alterar as condições para o livramento condicional. |

| | | | |
|---------------|------------|---|--|
| PL9934/2018 | 03/04/2018 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que "Institui a Lei de Execução Penal", para evidenciar a obrigatoriedade do trabalho do preso e estabelecer nova ordem na prioridade da utilização da remuneração do preso e dá outras providências. | |
| PL10698/2018 | 08/08/2018 | Torna obrigatória a construção de oficinas de trabalho e módulos de educação em estabelecimentos penais e institui percentual mínimo de presos estudando ou trabalhando | |
| PL 10743/2018 | 14/08/2018 | Altera os arts. 50, 52 e 54 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para dispor sobre a falta grave e o regime disciplinar diferenciado no sistema prisional brasileiro, e dá outras providências. | |
| PL10825/2018 | 04/09/2018 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para revogar o direito dos condenados ao banho de sol e dá outras providências. | |
| PL10857/2018 | 10/10/2018 | Altera o art. 41, X da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal e revoga o art. 68 da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, para extinguir o direito de visita íntima do preso. | |
| PL10936/2018 | 31/10/2018 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008 e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre segurança nos presídios, e dá outras providências | |
| PL 10698 | 08/08/2018 | Torna obrigatória a construção de oficinas de trabalho e módulos de educação em estabelecimentos penais e institui percentual mínimo de presos estudando ou trabalhando | |
| PL 10/2019 | 04/02/2019 | Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para disciplinar o regime das visitas íntimas | |
| PL 296/2019 | 04/02/2019 | Altera e acrescenta dispositivos ao Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (o Estatuto da Cidade) e a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, que cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, para garantir compensação aos municípios com unidades prisionais. | |
| PL 789/2019 | 13/02/2019 | Acrescenta o art. 5º-B à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer, em editais de licitação e contratos que envolvam a execução de obras, reserva de vagas para apenados em regime semiaberto e egressos do sistema penitenciário. | |

| | | | |
|--------------|------------|---|--|
| PL 1003/2019 | 21/02/2019 | Cria o Programa Nacional de Apoio ao Financiamento da Segurança Pública (Pro-susp) e dá providências correlatas. | PROMOVER A ARTICULACAO DA DA SOCIEDADE NA SEG. PUBLICA |
| PL1464/2019 | 13/03/2019 | Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos do FUNPEN - Fundo Penitenciário Nacional - e do FNS - Fundo Nacional de Segurança Pública - para os Estados e o Distrito Federal. | a busca de uma política criminal eficaz; a propositura de políticas públicas que atendam às demandas sociais; e por fim, o respeito e valorização dos direitos e garantias fundamentais, reconhecendo-se no direito constitucional à segurança pública, um direito fundamental prestacional |
| PL 1596/2019 | 19/03/2019 | Acrescenta o §3º ao art. 132 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para estabelecer que compete ao oficial de liberdade condicional acompanhar o cumprimento das condições impostas ao beneficiário do instituto do livramento condicional | |
| PL 1598/2016 | | Acrescenta o inciso XI ao artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para incluir nova modalidade de ato de improbidade administrativa. | O Supremo Tribunal Federal, na ADPF no 347, chegou ao ponto de declarar que o sistema penitenciário brasileiro vive um autêntico estado de coisas inconstitucional, fenômeno que ocorre em situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais |
| PL 1872/2019 | 28/03/2019 | Acresça-se o art. 41-A a Lei de Execução Penal: vedação ao direito de visita íntima | |
| PL 2174/2019 | 09/04/2019 | Introduz modificações na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, objetivando resguardar a aplicação dos critérios legais relativos a classificação e separação dos condenados e internados nos estabelecimentos penais do País. | |
| PL 3126/2019 | 24/05/2019 | Altera o artigo 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1.984, para alteração dos critérios para a obtenção do direito à progressão de regime pelo condenado | |
| PL 3705/2019 | 25/06/2019 | Cria o Cadastro Nacional da Persecução Penal - CNPP | |

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – Criminalização da Homofobia

| PROJETO DE LEI | APRESENTAÇÃO | EMENTA | DADOS COMPLEMENTARES |
|-----------------------|---------------------|---|-----------------------------|
| 7582/14 | 20/05/2014 | Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, | |

| | | | |
|-----------|------------|---|--|
| | | nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. | |
| 8032/2014 | 28/10/2014 | Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha – às pessoas transexuais e transgêneros. | |
| 2138/2015 | 30/06/2015 | Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto à identidade de gênero ou orientação sexual. | |
| 7292/2017 | 04/04/2017 | Ementa Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol dos crimes hediondos. | |
| 797/2019 | 13/02/2019 | Institui as diretrizes de segurança e saúde no trabalho dos profissionais de segurança pública, na forma que menciona.VII - o fortalecimento e a disseminação nas instituições a cultura de não-discriminação e de pleno respeito à liberdade de orientação sexual do profissional de segurança pública, com ênfase no combate à homofobia; | |
| 952/2019 | 20/02/2019 | Institui o "Dia Nacional do Orgulho Heterossexual", a ser comemorado anualmente no terceiro domingo de dezembro | A justificativa da PL se refere as discussões sobre o preconceito contra os homossexuais |
| 2653/2019 | 07/05/2019 | Dispõe sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais | O reconhecimento da constitucionalidade de diversos modos de ação afirmativa pelo Supremo Tribunal Federal ou mesmo a emergência e o espraiamento de políticas públicas focalizadas em determinados grupos ou pautadas na interseccionalidade de diversos tipos de opressão parece tornar óbvia a constitucionalidade de medidas como as que estamos propondo e, no entanto, ainda há quem enxergue em tais medidas “privilégios” dos grupos explorados e oprimidos. |

| | | | |
|-----------|------------|--|--|
| 3266/2019 | 04/06/2019 | Alterar o art. 1º da Lei nº 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida para que não se enquadra, nem de forma análoga, em qualquer hipótese e a qualquer tempo, nas tipificações de crime de preconceito de raça ou de cor, a homofobia ou outra forma de orientação sexual. | No mérito a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 26 e o Mandado de Injunção - MI nº 4733 evidenciam tentativa de forçar o reconhecimento de “direitos”, via Supremo Tribunal Federal e não no âmbito do Poder Legislativo, para um tipo de grupo social minoritário cuja prática sexual e modelo de vida desejam estes, seus adeptos, impor como nova categoria humana, como uma nova raça, distinta das demais, no ordenamento jurídico do país. |
| 4075/2019 | 12/07/2019 | Veda a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão | A presente proposição altera a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, para proibir a criminalização de condutas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade. contra o excesso de o Supremo “legislar”, ao tempo em que o Parlamento discute este ou qualquer outro tema. |
| 4370/2019 | 08/08/2019 | Estabelece o cumprimento do Princípio da Reserva Legal no Direito Penal | o Princípio da Reserva Legal é o aliado da liberdade, a sua máxima garantia. Foi esse princípio que foi violado pela decisão do STF e que abre precedente para que sua relativização continue a acontecer amplamente em todos os órgãos do Judiciário. |
| 4946/2019 | 10/09/2019 | Garante o livre exercício da liberdade religiosa nos temas relativos à sexualidade, nos moldes do inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil | Em razão da decisão do STF na ADO 26, a justificativa apresentada é a de que haverá cerceamento de liberdade religiosa e criminalização das lideranças religiosas alegarem que a homossexualidade é pecado. |
| 4949/2019 | 10/09/2019 | Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para definir e punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito por sexo ou orientação sexual. | O presente projeto visa criminalizar a discriminação ou o preconceito quanto ao sexo, ou orientação sexual, ressaltando expressamente, por outro lado, o pleno exercício da liberdade religiosa no país, nas esferas pública (realização de cultos) e privada (gestão de estabelecimentos em conformidade com a fé dos proprietários). |
| 4961/2019 | 11/09/2019 | Acrescenta inciso ao art. 12 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da | |

| | | | |
|-----------|------------|--|--|
| | | educação nacional, para determinar que os estabelecimentos de ensino incluam, em seus regimentos e estatutos, normas de valorização da diversidade cultural, social e de combate a qualquer forma de discriminação. | |
| 6499/2019 | 17/12/2019 | Acrescenta ao inciso I do art. 1o. da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, que "define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências", para incluir a "orientação sexual", como hipótese de reconhecimento como refugiado | Relembre-se, a respeito, que, em 13 de junho passado, o Plenário do STF entendeu que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero seja conduta passível de punição pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". |