

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**Rone Wulff Araújo de Carvalho Filho**

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL EM OMISSÕES PENAS PREJUDICIAIS ÀS MINORIAS**

Taubaté

2020

Rone Wulff Araújo de Carvalho Filho

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL EM OMISSÕES PENAIIS PREJUDICIAIS ÀS MINORIAS

Trabalho de Graduação apresentado como exigência  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências  
Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientadores: Profª. Dra. Andreia Fogaça Rodrigues  
Maricato e Prof. Edson Sampaio da Silva.

Taubaté

2020

**Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBi**  
**Grupo Especial de Tratamento da Informação – GETI**  
**Universidade de Taubaté**

C331f      Carvalho Filho, Rone Wulff Araújo de  
              A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em omissões penais prejudiciais às minorias / Rone Wulff Araújo de Carvalho Filho -- 2020.  
              58 f.

              Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2020.  
              Orientação: Profa. Dra. Andréia Fogaça Rodrigues Maricato, Departamento de Ciências Jurídicas.  
              Coorientação: Prof. Edson Sampaio da Silva, Departamento de Ciências Jurídicas.

              1. Constitucionalismo - Brasil. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Direitos fundamentais. 4. Minorias. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 34(81)

RONE WULFF ARAÚJO DE CARVALHO FILHO

**A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM  
OMISSÕES PENAS PREJUDICIAIS ÀS MINORIAS**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.  
Orientadores: Profa. Dra. Andreia Fogaça Rodrigues Maricato e Prof. Edson Sampaio da Silva.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ pela comissão julgadora:

---

Prof. \_\_\_\_\_, Universidade de Taubaté.

---

Prof. \_\_\_\_\_, Universidade de Taubaté.

Dedico este trabalho ao meu pai, meu exemplo e inspiração na formação jurídica;  
A minha mãe, minha base mais preciosa e suporte nos momentos difíceis;  
A minha avó Dora, por ter me guiado e amparado nestes anos acadêmicos;  
Aos professores que contribuíram para minha formação universitária e humana, e  
À Letícia, Mariana, Liandra e Pedro, que estiveram comigo durante toda esta fase.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que, em suas mais diversas formas, faz-se energia presente em todo o Universo e em todos os momentos, desde os mais singelos respirares aos mais difíceis processos na evolução humana. Sem Ele, nada seria possível e nenhuma conquista poderia ser alcançada.

Agradeço aos excelentes professores que acompanharam a minha formação na Universidade de Taubaté e foram responsáveis por me conduzir à obtenção de um conhecimento científico de qualidade, que servirá de base para um exercício digno e competente da profissão que muito amo e escolhi. Acima de tudo, agradeço-os por não só me proporcionar um crescimento acadêmico e profissional, mas também uma evolução como ser humano.

Agradeço, em especial, ao Professor Edson, por sua dedicação à docência que muito foi responsável pela minha formação e por meu interesse pelo Direito Público. Suas excelentes aulas e exposições marcaram todo o meu percurso nesta Universidade e, com certeza, serão um excelente arcabouço para o meu desempenho profissional.

Agradeço também à Professora Andreia, por seus excelentes direcionamentos e por toda atenção que dispensou em me encaminhar nas etapas derradeiras da elaboração deste trabalho.

Agradeço, por fim, de forma ampla, aos excelentes profissionais da Universidade de Taubaté, por todo o esforço que dispensaram para prestar um serviço de relevante qualidade para a minha formação.

Ao futuro ou ao passado, a um tempo em que o pensamento seja livre, em que os homens sejam diferentes uns dos outros, em que não vivam sós – a um tempo em que a verdade exista e em que o que for feito não possa ser desfeito... (ORWELL, 2009, p. 39).

CARVALHO FILHO, Rone Wulff Araújo de. **A Função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em omissões penais prejudiciais às minorias.** Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do Certificado de Bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. UNITAU: Taubaté, 2020.

## RESUMO

Com o advento do Neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário assume certo destaque, por decorrência de ser-lhe atribuída precipuamente a árdua função de defensor do texto magno, de patamar vinculante e superior. No Brasil, a Constituição Federal atribuiu primordialmente este papel ao Supremo Tribunal Federal, advindo, como corolário, uma atuação verdadeiramente “contramajoritária” desta Corte. Na medida em que a Carta Magna tem por função também tutelar direitos de grupos minoritários, emanando verdadeiros mandados de criminalização de condutas que lhes são repressivas, a Corte Suprema tornou-se a derradeira instância a que essas minorias oprimidas se socorrem, diante de omissões inconstitucionais do Poder Legislativo. Contudo, a atuação judiciária nestes casos, embora muitas vezes imprescindível para concretizar direitos fundamentais, infringiria outros princípios essenciais do Estado, como a Legalidade e a Tripartição de Poderes. O objetivo do estudo em tela direcionou-se à análise de como superar este conflito entre valores tão importantes, de forma a propor soluções que melhor se adequem ao constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, o método mais recorrido consistiu na pesquisa bibliográfica, aliada à minuciosa análise de normas constitucionais e de decisões jurisprudenciais. Notou-se que o recente destaque do Judiciário adveio de mudanças que visaram evitar novas barbáries contra os direitos humanos, havendo imperiosa a necessidade de garantir efetividade aos direitos fundamentais. Por outro lado, tornou-se possível constatar, também, que o Princípio da Legalidade possui origem decorrente da luta dos povos contra arbitrariedades estatais, sendo de extrema relevância para os Estados Constitucionais. Concluiu-se, por advento dos estudos, que há evidente necessidade de formulação de mecanismos jurídicos novos capazes de instituir um contrapeso à atuação do Poder Legislativo, garantindo que a força normativa da Constituição não seja corroída ante às omissões inconstitucionais. Por outro lado, também foi possível constatar que tais instrumentos devem ser restringidos por rigorosas limitações para que não possam conduzir a verdadeiras e incontroláveis arbitrariedades judiciais.

**Palavras chave:** Constitucionalismo, Supremo Tribunal Federal, Omissões Inconstitucionais, Direitos Fundamentais, Minorias.



CARVALHO FILHO, Rone Wulff Araújo de.  
**The Supreme Court's countermajoritarian role in criminal omissions harmful to minorities.** Undergraduate work presented to obtain the Bachelor of Law Certificate from the Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. UNITAU: Taubaté, 2020.

### ABSTRACT

With the advent of Neoconstitutionalism, the Judiciary takes on a certain prominence, due to the fact that it was primarily attributed to the arduous role of defender of the great text, of binding and superior level. In Brazil, the Federal Constitution primarily assigned this role to the Supreme Federal Court, resulting, as a corollary, from an active “countermajority” of this Court. To the extent that the Magna Carta also has the function of protecting the rights of minority groups, issuing real warrants for the criminalization of conducts that are repressive, a Supreme Court has become the last instance to which these oppressed minorities resort to, left out of unconstitutional omissions by the Legislative power. However, judicial action in cases, although often essential to materialize fundamental rights, would violate other essential principles of the State, such as Legality and the Tripartition of Powers. The objective of the study is to analyze how to overcome this conflict between such important values, in order to proportions that best suit contemporary constitutionalism. For this, the most used method consisted of bibliographic research, combined with a thorough analysis of constitutional norms and jurisprudential decisions. It was noted that the recent prominence of the Judiciary came from changes that aimed to avoid new barbarism against human rights, with an imperative need to guarantee effectiveness of fundamental rights. On the other hand, it became possible to verify, also, that the Principle of Legality has its origin due to the peoples' struggle against state arbitrariness, being extremely complementary for Constitutional States. It was concluded, due to the advent of studies, that there is an evident need for new legal elements capable of instituting a counterweight to the work of the Legislative Power, ensuring that the normative force of the Constitution is not eroded in the face of unconstitutional omissions. On the other hand, it was also possible to verify that such instruments must be restricted by strict limitations so that they cannot lead to true and uncontrollable judicial arbitrariness.

**Keywords:** Constitutionalism. Supreme Court. Unconstitutional Omissions. Fundamental Rights. Minorities.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>13</b>
1.1 Conceito e funções desempenhadas pela Supremo Corte.....	13
1.2 O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras.....	14
1.3 Os ministros e a forma de investidura .....	17
1.4 A legitimidade democrática e os ministros do Supremo .....	19
<b>2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>23</b>
2.1 O Constitucionalismo e as revoluções burguesas.....	23
2.2 O Neoconstitucionalismo.....	26
2.3 A função contramajoritária.....	29
2.4 A função representativa.....	32
2.5 A função iluminista.....	33
2.6 As omissões inconstitucionais.....	35
<b>3 AS OMISSÕES PENAS PREJUDICIAIS ÀS MINORIAS .....</b>	<b>38</b>
3.1 Princípio da Legalidade.....	38
3.2 Função de defesa dos grupos minoritários e mandados de criminalização.....	39
3.3 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e seus efeitos.....	41
3.4 Construção ideológica para solucionar os conflitos.....	45
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

Finalidade precípua de uma Constituição, que consubstancia sua razão de ser, consiste em, além de constituir um Estado e limitar seus poderes inerentes, instituir defesas às minorias políticas. Por conseguinte, merece análise as situações de omissões penais em desfavor de grupos minoritários, sob a ótica da (necessária) atuação do Supremo Tribunal Federal.

A partir do neoconstitucionalismo, pós 2ª Guerra Mundial, consequência dos esforços dispendidos para superar as barbáries fascistas e evitar o advento de novos Estados autoritários, com base em estudos como os de Konrad Hesse (1991), surgiu a necessidade de dotar as Constituições de uma efetiva força normativa. Nessa linha, procurava-se abandonar uma feição meramente programática das Cartas Superiores, para conceder-lhes coercibilidade e garantir a possibilidade de ter o cumprimento de seus dispositivos exigido na prática.

Neste cenário, o Poder Judiciário, em especial as Supremas Cortes dos países que adotaram o controle de constitucionalidade concentrado, assumiram posto de destaque, sendo responsável por defender o texto magno, controlando atos dos demais poderes.

Na medida em que tal possibilidade fornece a juízes, não eleitos, a possibilidade de decidir e até mesmo invalidar atos de agentes eleitos e representativos, constitui verdadeira função contramajoritária, condicionando a vontade de uma maioria à ordem constitucional (BARROSO, 2018, p. 27).

Por conseguinte, alguns autores (BRANCO; MENDES, 2016, p. 53) chegam a evidenciar que o período neoconstitucionalista é marcado por uma (aparente) tensão aguda entre o constitucionalismo e a democracia. Trata-se, na verdade, de resultado advindo do verdadeiro esforço contemporâneo para adequar a representatividade democrática ao Estado constitucional pluralista

A Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988) prevê expressamente em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, a atribuição do Supremo Tribunal Federal para o julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes*. Compreendida em tal atribuição está, não só a declaração de inconstitucionalidade positiva, a qual ocorre quando há a infração de dispositivos magnos através de um comportamento ativo, mas também a declaração de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que advém da inércia em concretizar dispositivos e princípios constitucionais.

Corolário de tal advento, a Corte Suprema é capaz de sobrepujar as decisões dos demais poderes aos mandamentos constitucionais, assumindo a árdua tarefa de defender as minorias políticas contra infrações (ativas ou omissivas) de seus direitos fundamentais.

Nessa linha, sendo notório que o Estado pluralista e Constitucional da atualidade requer a erradicação de comportamentos repressivos a grupos minoritários, como é possível depreender de enfáticos dispositivos que disciplinam a essência da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988), por exemplo, tais quais o artigo 1º, incisos III e V, c/c artigo 3º, incisos I e IV, surgem verdadeiros mandados constitucionais de criminalização. O próprio fundamentalíssimo artigo 5º da Carta Magna expõe, em seu inciso XLI que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Entretanto, estes mandamentos acabam por não serem concretizados pelos Poderes representativos, visto que são justamente constituídos pelas maiorias diametralmente opostas. O Supremo Tribunal Federal, portanto, neste contexto, é a única instância a que podem estes grupos se socorrer, para que, no exercício de mencionada função contra majoritária, enfrente as omissões penais constitucionalmente relevantes.

Recentemente, a citada Suprema Corte enfrentou, em polêmico julgamento, a ADO nº 26 (BRASIL, 2019), que tratava da criminalização da homofobia. Visava a ação a declaração da mora do Congresso Nacional em cumprir o mandamento incriminador do dispositivo retro transcrito, omitindo-se em dar concretude a criminalização de uma forma de discriminação que nitidamente atenta contra direitos e liberdades fundamentais.

Entretanto, o resultado da atuação do Supremo em casos como este enfrenta certos óbices. O conflito começa a se enraizar na medida em que, caso a decisão nestas causas tenha efeito meramente “apelativo”, qual seja o de “declarar a mora” do Poder Legislativo, sem, contudo, utilizar-se de nenhum mecanismo para compeli-lo a efetivar o mandamento constitucional, a força normativa da Constituição, tão buscada pelo neoconstitucionalismo, é desvencilhada, na medida em que não é imposta, mas “recomendada”, voltando a Carta fundamental, neste ponto, ao mesmo sentido de mera norma programática que possuía antes do século XX. Tal efeito é criticado, por exemplo, por Flávio Martins (2019, p. 579), para o qual enquanto o provimento final consistir em mero apelo há provocação da máquina judiciária de modo inútil.

Consoante a Gilmar Mendes (2008, p. 13), inobstante, a própria jurisdição constitucional brasileira tem desenvolvido diferentes técnicas de decisão, considerando que, para o caso de omissão, a invalidação prevista nas ações por atos inconstitucionais não seria eficaz.

Contudo, por outro lado, caso a decisão emanada tenha o condão de impor ao poder omissivo o suprimento da lacuna inconstitucional, haverá confronto com o princípio da tripartição dos poderes e da legalidade, posto que, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, cabe à lei

criminalizar condutas e esta é resultado de processo do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário.

Mesmo caso a decisão tenha efeito similar ao de uma “sentença aditiva”, a indicação de uma norma para reger a omissão penal ou do modo com o qual a omissão deva ser tratada dificilmente não infringiria o princípio da reserva legal.

No caso prático citado, da ADO nº 26 (BRASIL, 2019), o Supremo julgou-a procedente, imprimindo interpretação conforme a Constituição no sentido de enquadrar a homofobia como abrangida pelos delitos resultantes de racismo, tipificados pela Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha lei para suprir a omissão inconstitucional.

Referida decisão foi definitivamente histórica, por ser a primeira na qual o Supremo efetivamente supriu uma lacuna de norma incriminadora para defender grupos minoritários. Em que pese tamanho avanço, as discussões acerca do conflito dos princípios acima expostos permanecem fervorosas.

Existem ainda posições divergentes, ambas com fortes argumentos, dentre as quais se inserem as que tentam evidenciar os prejuízos democráticos que podem advir desta inobservância da legalidade (ALMEIDA, 2019) e as que defendem, por outro lado, a relativização da reserva legal no caso em tela com vistas à prevalência dos direitos fundamentalíssimos (FONTES, 2019).

Posto isto, visto que há nítido e polêmico conflito na situação descrita, com fundamentos relevantes nas duas posições evidenciadas, eventuais soluções devem ser capazes de ponderar os princípios em questão, de forma a prosperar o caminho que mais garanta a melhor aplicação possível de todos eles. Cumpre, por conseguinte, após traçar análise sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e sobre sua jurisdição constitucional, analisar pormenorizadamente o tema, para emanar considerações e propostas adequadas para o embate de princípios.

## **1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### **1.1 Conceito e funções desempenhadas pela Suprema Corte**

O Supremo Tribunal Federal, atualmente composto por onze ministros, com sede localizada em Brasília, é um órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, ao qual a Constituição Federal atribui uma larga e abrangente competência. Além de funcionar como um tribunal recursal, nos termos do artigo 102, incisos II e III da Carta (BRASIL, 1988), também possui certas competências originárias (para conhecer de Ações em primeiro grau), esculpidas no inciso I do mesmo dispositivo. Como se não bastasse, é a ele atribuída verdadeira função de Guardiã da Constituição, atuando, nessa linha, com atribuições típicas de uma verdadeira Corte Constitucional.

Assim, a princípio, é competente para julgar recursos ordinários, interpostos contra decisão em crimes políticos ou contra decisão denegatória de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção prolatada pelos Tribunais Superiores (artigo 102, inciso II). Ademais, também possui competência (muito mais extensa) para processar e julgar os chamados recursos extraordinários, interpostos para causas decididas em única ou última instância, nas hipóteses em que a decisão se revestir de conteúdo que interessa à jurisdição constitucional (artigo 102, inciso III).

Em temas de sua competência originária, o Supremo julga desde infrações penais comuns e crimes de responsabilidades praticados por autoridades taxadas no dispositivo concernente, bem como remédios constitucionais nos quais estas mesmas figurem como coatoras, à litígio entre Estados e organismos internacionais com o Brasil, conflitos entre entes federativos, causas de extradição, revisão criminal e ação rescisória de seus julgados, reclamação para preservação de sua competência, execução de suas próprias sentenças, ações de interesse da magistratura, conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, dentre outras.

Por fim, cumpre frisar sua importantíssima função tangente à jurisdição constitucional. A esta Corte é reconhecida pela Constituição a competência para exercer o controle de constitucionalidade, sobrepujando os atos e omissões dos demais poderes aos ditames constitucionais, mais especificamente através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea a c/c artigo 103, ambos da Constituição Federal) e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, §1º da Constituição Federal).

Consoante a todo o exposto, é possível apontar que o Supremo Tribunal Federal reúne em si a estrutura de duas instituições importantes para Ciência Constitucional e, sobretudo, para o estudo do Controle de Constitucionalidade. Semelhante à estrutura organizacional americana, na qual vige o “*judicial review*”, o STF desempenha funções equivalentes à de uma Suprema Corte, responsável por “dar a última palavra” nos assuntos jurisdicionais relevantes e harmonizar decisões jurisprudenciais difusas no âmbito nacional. Por outro lado, traçando paralelos com a estrutura organizacional alemã, o STF pode aparentar se tratar de uma Corte Constitucional, responsável por realizar o controle concentrado de Constitucionalidade, fazendo valer os ditames constitucionais de forma concentrada e “*erga omnes*”. Nessa linha (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1081-1082):

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português (...) e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (...) de competência do Supremo Tribunal Federal.

Corolário de tais apontamentos, é nítido de se verificar que há uma sobrecarga de competências na Corte Suprema brasileira. Consoante à Arguelhes (2018, p. 410-411), a ampla gama de poderes do STF pode ser dividida em dimensões marcantes, dentre as quais o autor destaca os canais de acesso à jurisdição, o escopo do controle de constitucionalidade e as garantias do Tribunal contra possíveis reações de outros poderes. Tal concentração pode levar muitas vezes a uma obstrução do judiciário prejudicial a temas importantes e – ainda mais sério, pode acarretar uma preocupante concentração de poderes em um único órgão jurisdicional.

## **1.2 O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras**

A Suprema Corte, instituição importantíssima para a atual conjuntura jurídico constitucional do Brasil, passou, ao longo dos anos e das diferentes Constituições de distintos períodos históricos nacionais, por inúmeras mudanças, desde no que tange a sua estruturação como órgão às subtrações e adições no aglomerado de competências que lhe são hoje

outorgadas. Cumpre, para melhor compreender o órgão a que se debruça presente estudo, analisar um panorama histórico, de sua criação à Constituição Federal de 1988 e sua atual disposição.

No que tange à sua origem, Gilmar Mendes *et al.* (2016) aponta que data do ano de 1828, quando recebia ainda a nomenclatura de Supremo Tribunal de Justiça. Flávio Martins (2019), adotando um entendimento um pouco destoante, defende que a criação se operou no ano de 1891, sob a égide da Constituição da República, quando então recebeu o “nomem” que carrega atualmente.

O Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com o primeiro autor, fora instalado com competências bastante limitadas, “que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos (...)” (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1003). Também nessa linha (MARTINS, 2019, p. 250):

Quanto ao Poder Judiciário (ou Judicial), previsto nos artigos 151 e seguintes, havia a previsão de um Supremo Tribunal de Justiça (art. 163), com competência para julgar os recursos “pela maneira que a lei determinar”, julgar os crimes praticados pelos Ministros das Relações (Tribunais das Províncias), Empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias, bem como o conflito de jurisdição das relações provinciais (art. 164).

Em sua origem, por óbvio, assumia uma postura muito mais de corte recursal, semelhante à Suprema Corte americana. De acordo com Branco *et al.* (2016, p. 1003), existem notícias de que o próprio D. Pedro II teria encomendado um estudo acurado acerca da Corte maior dos Estados Unidos, de modo a melhor entender a sua organização e competência, talvez com nítido interesse em utilizar de espelho para a construção e organização do órgão nacional.

Na vigência da Constituição Republicana, o Supremo passou a compor-se de 15 (quinze) ministros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (MARTINS, 2019, p. 256). Seus integrantes, por sua vez, ocupavam cargos vitalícios e sem limites de idade, o que garantiu, de certa forma, uma longa estabilidade a seus integrantes, que permaneceram em seus postos por um lapso temporal muito extenso (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1003).

Com clara inspiração do modelo do *judicial review*, que já existia nos Estados Unidos desde o julgamento do renomado caso Marbury vs. Madison, do ano de 1803, a Carta de 1891 foi responsável por instituir no Brasil um sistema difuso de controle de constitucionalidade, que garantia ao Judiciário a possibilidade de fazer valer os ditames constitucionais em decisões



esparsas (MARTINS, 2019, p. 489). Neste contexto, consoante a Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 1004), a Constituição da República contribuiu para a introdução de uma nova concepção do Poder Judiciário no território nacional, outorgando, ainda, ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, garantindo-lhe competência para aferir a constitucionalidade através de um recurso especial.

A seguir, com a Revolução de 1930, o Supremo passou por uma alteração considerável em sua estrutura. O número de ministros foi reduzido para onze, dividindo-se o Tribunal em duas Turmas formadas por cinco Ministros (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1006). Neste contexto, a Constituição seguinte (de 1934) concebeu a chamada “Corte Suprema”, já dotada destas citadas mudanças estruturais.

A Constituição do Estado Novo, datada do ano de 1937, inspirada em ânimos totalitários, não alterou substancialmente a estrutura do Supremo, mas previu certos mecanismos típicos de movimentos autoritários. Nessa ótica, o próprio Presidente da República era responsável por designar os Ministros que exerceriam respectivamente a presidência e a vice-presidência do Tribunal, bem como seria dado a esse líder do Executivo a possibilidade de verdadeiramente “burlar” o controle de constitucionalidade, submetendo novamente ao parlamento leis que foram consideradas inconstitucionais pelo Judiciário para que, caso obtivessem o quórum previsto, fosse superada a decisão jurisdicional (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1007). Havia, ante ao exposto, um notável fortalecimento dos poderes políticos, em contraposição ao enfraquecimento das vias judiciárias e conseqüentemente dos próprios ditames constitucionais, de forma a possibilitar o exercício totalitário do poder. A título exemplificativo, interessante mencionar o Decreto-Lei de número 1564, que confirmava textos declarados anteriormente inconstitucionais.

No período imediatamente subsequente, sob a ordem instaurada pela Constituição de 1946, foi fixado o número de ministros em 11 (onze), mas concebido que poderia haver elevação deste número mediante proposta do próprio Tribunal (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1008). Referido ordenamento constitucional encerrou-se com a ocorrência do Golpe Militar de 1964, simbolizado pela edição do Ato Institucional de n. 1. Neste contexto, a estrutura do STF foi novamente alterada pelo advento do Ato Institucional de n. 2, datado do ano de 1965, que, dentre outras coisas, elevou o número de ministros para 16 (dezesesseis) e suspendeu as garantias da magistratura. Em que pese sob a vigência da Constituição de 1967 tenham sido definidas a estrutura do Judiciário, do STF (confirmando a composição por dezesseis ministros) e reestabelecidas algumas garantias dos magistrados, com o advento do Ato Institucional 5 estas

foram novamente suspensas, até a suspensão desta norma no ano de 1978 (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1010).

Com a redemocratização, a nova ordem instituída pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu a estrutura do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal atualmente reconhecida, estabelecendo a sua composição por 11 (onze) ministros, e definindo os arranjos institucionais hoje vigentes. Em que pese tenha sido pauta pelos Constituintes uma maior limitação à Corte no que tange às suas competências, o texto final acabou por atribuir ainda mais poderes ao forte órgão de cúpula. Nessa linha, Diego Werneck Arguelhes (2018, p.409):

Além disso, a Constituição aprovada em 1988 não transformou o STF em uma corte constitucional separada da estrutura do Judiciário, como seria característico do chamado “modelo europeu” de controle de constitucionalidade. Propostas para limitar a jurisdição do tribunal ao controle abstrato de constitucionalidade ou de estabelecer mandatos fixos para os ministros foram consideradas pelos constituintes e, ao fim, rejeitadas. Em vez de transformações, ocorreram adições: acrescentou-se uma série de novos poderes e tarefas à estrutura já existente. Pode-se dizer que o STF foi transformado por adição (...)

Em que pese possam ser emanadas, como já expostas, críticas ao amplo poder concedido pelos constituintes ao Supremo Tribunal Federal, torna-se possível, por outro lado, destacar certas características positivas. Arguelhes (2018, p. 413) faz menção à revolucionária abertura de portas do Judiciário aos interesses sociais e às minorias políticas, que ocorre, por exemplo, com a emanção do artigo 103 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Foram criadas, ao lado das competências mantidas, várias outras “portas de acesso” para tutelar os mais diversos direitos dos mais distintos grupos e indivíduos.

### **1.3 Os ministros e a forma de investidura**

Ante a todo conteúdo já exposto, o Supremo Tribunal Federal se inseriu no ordenamento constitucional como um órgão que concentra um amplo número de competências, grande parte delas essencial para o Estado Democrático. Com isso, ao reconhecer a ampla hegemonia da Suprema Corte, torna-se imprescindível abordar o aspecto subjetivo deste cenário, consubstanciado em quem deve exercer tais funções, ou seja, em quais agentes devem ser imbuídos de tamanho poder.

Trata-se de um tema bastante controverso, objeto de debates não só pela Ciência Jurídica e Constitucional, mas também pela opinião pública, a qual questiona nos espaços mais

democráticos de discussão as formas de investidura de agentes tão “poderosos”. Tais constatações se devem primordialmente ao fato de que é na Suprema Corte que casos mais expressivos e mais polêmicos para a nação vêm sendo decididos.

A princípio, a Constituição Federal, em seu artigo 101, determina alguns requisitos para os sujeitos ingressarem ao posto de Ministros do STF, quais sejam: idade superior aos 35 (trinta e cinco) anos e inferior aos 65 (sessenta e cinco) anos, estar no gozo de seus direitos políticos (o texto exige a cidadania) e ter notável saber jurídico e reputação ilibada.

Quanto aos limites etários estabelecidos pelo texto constitucional, decorrem do fato de que, respectivamente, é imprescindível averiguar que o sujeito a ocupar o cargo tenha uma experiência mínima, condição difícil de ser preenchida entre os mais novos, bem como é importante que ele porte certa maleabilidade e engajamento nos debates atuais, condição melhor preenchida por pessoas mais novas.

No que tange ao saber jurídico, certos autores chegam a defender, em interpretação extensiva do texto constitucional, que é imprescindível que sejam dotados de diploma em curso jurídico, como é o caso de Michel Temer (2008 apud TORRES, 2019, p. 587). Por outro lado, há quem defenda que inexistente tal necessidade, como o faz Saulo Medeiros Torres (2019, p. 587).

Concernente à reputação ilibada, torna-se necessário averiguar o decoro e o renome do ingressante no cargo, com a finalidade de preservar a imagem da Corte. São analisadas, assim, condições e aspectos de sua vida pessoal que repercutem a nível social. Neste sentido, “A postura proba implica a inexistência de condutas desabonadoras do indicado em sua vida familiar” (PEIXOTO, 2012 apud TORRES, 2019, p. 588).

Assim, o Presidente da República, analisando tais requisitos, escolherá sujeitos que os preencham e submeterá o nome escolhido ao Senado Federal, órgão legislativo incumbido para a aprovação da nomeação por maioria absoluta. Aqui, torna-se importante tecer certas críticas a referida forma de investidura.

Ao conceder poderes ao Chefe do Executivo e ao Parlamento para que definam os ocupantes do posto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o texto constitucional traz grandes riscos à independência na atuação dos Poderes e nas opiniões e argumentos dos integrantes da Corte. Isto porque, acaba por haver uma relação mais estreitada entre os sujeitos investidos nas diferentes funções, o que pode comprometer a imparcialidade dos magistrados para analisar futuros casos, os quais muitas vezes envolvem nomes justamente contaminados pelo jogo de poder. Nessa linha, Torres (2019, p. 590) faz notar que o excesso de poderes conferido ao Executivo pode ferir tal independência. Nas suas próprias palavras:

(...) Como há excesso de poderes na figura do Presidente da República, recaindo sobre este a prerrogativa da indicação, existiria a possibilidade de prejuízo ao aspecto democrático da mesma. Haveria conexão também com (...) O caráter de mera formalidade da avaliação feita pelo Senado Federal, haja vista que esse órgão exerceria um papel meramente homologatório das indicações do Presidente da República, acabando por prevalecer na realidade a vontade do Poder Executivo.

Em análise à doutrina de Kelsen (2003 apud TORRES, 2019, p. 589), o mesmo Autor aponta que o mais adequado seria a atribuição deste poder de escolha ao Executivo e ao Parlamento de forma harmoniosa e equilibrada, sem que prevaleça a vontade de um sobre o outro, o que, entretanto, não ocorre na situação prática brasileira.

Assim, nomeado pelo Executivo e aprovado pelo Senado Federal, o sujeito é investido na qualidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Inexiste previsão nenhuma acerca de duração de mandato, havendo, por conseguinte, o exercício prolongado das funções jurisdicionais atribuídas.

#### **1.4 A legitimidade democrática e os ministros do Supremo**

Uma vez exposto que o Supremo Tribunal Federal tem reunido importantes funções e poderes, sendo uma instituição relevante para o Estado Democrático, responsável por julgar questões postas que muito repercutem no campo político, moral e econômico, torna-se necessário o estudo e o debate acerca da legitimidade com a qual os Ministros emanam seus veredictos.

Ocorre que, na atual quadra, o STF, exercendo sua competência de Guardião da Constituição, acaba interferindo no campo de atuação dos demais Poderes representativos, de forma a controlar a constitucionalidade de seus atos e omissões. Em outras palavras, Ministros não eleitos democraticamente são imbuídos da função de interpretar conteúdos emanados por verdadeiros representantes do povo, eleitos e dotados de legitimidade democrática, assim como de readequar os termos daqueles e dar-lhes conformidade com a Constituição, quando isto for necessário. Neste plano, cumpre questionar: o procedimento de investidura dos Ministros é suficiente para legitimá-los ao exercício de tais funções?

A princípio, anote-se que o processo solidificado na Carta Magna para a seleção dos integrantes da Corte não resulta da vontade direta do povo, mas sim da manifestação de seus representantes eleitos. Poderia ser possível, mesmo que de forma controversa, sustentar que ao

serem escolhidos por sujeitos legitimados, aqueles também encontrariam a sua legitimidade, em uma espécie de “democracia indireta”. Ocorre que, entretanto, uma vez colocados no poder por um Presidente e por um Congresso, estes magistrados nunca mais terão essa “legitimidade” contestada, permanecendo no poder por tempo indeterminado. Há em referido argumento, por conseguinte, uma constatação aparente e improcedente, vez que a mera escolha por representantes eleitos não garante aos Ministros o mesmo efeito que o recebimento de um mandato concedido pelo próprio povo.

Neste ponto, portanto, é que alguns autores se socorrem à máxima da legitimidade argumentativa para sustentar a possibilidade (e necessidade) do Supremo tomar decisões importantes, sobretudo no que concerne ao controle de constitucionalidade e aos casos difíceis. Assim, os magistrados, embora não possuam voto popular, se solidificam como autores institucionais e democráticos na medida em que são capazes de emanar posicionamentos e argumentos que convençam as massas. Luís Roberto Barroso (2017, p. 23), nessa ótica:

A solução, portanto, precisa ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, que se torna, assim, coparticipante do processo de criação do Direito. Tal papel pode parecer natural e óbvio para um jurista anglo-saxão, mas tem uma dose de extravagância para um europeu continental. A legitimação da decisão, assim, à falta de um precedente ou de uma norma, se transfere para a argumentação jurídica, para a capacidade do intérprete de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge aqui o conceito interessante de auditório. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa.

Nessa linha, assume relevante papel para a legitimidade destes agentes a utilização de argumentos fundamentados, que sejam passíveis de receber a aceitação popular. Corolário de tal raciocínio, dota-se de extrema importância neste cenário a coerência e integridade decisória dos Ministros, posto que é o conteúdo material de seus posicionamentos que irá convencer a população de que eles têm poderes para tomar tais decisões.

Indo além, essa legitimidade argumentativa encontraria guarida, ainda, no fato de ser o Supremo Tribunal Federal responsável por concretizar os ditames constitucionais, em especial os direitos fundamentais.

Tornou-se consenso na Ciência Constitucional o fato de que a suposta tensão entre Democracia e Constitucionalismo não procede, não passando de mera aparência. Isto porque ficou claro com o avanço dos estudos sobre o assunto, que a própria Democracia deve envolver

limitações que tendem, ao inverso do que aparentam, a solidificar e refinar o próprio processo democrático. Também nessa linha, Luís Roberto Barroso (2017, p. 28):

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Neste sentido, os Ministros do Supremo Tribunal Federal encontrariam sua legitimidade no fato de tutelarem os princípios, garantias e direitos reconhecidos pela Constituição Federal, os quais, embora possam aparentar limitar o jogo democrático, na verdade o refinam para que obtenha melhores e mais justos resultados. Dessa maneira, estes magistrados receberiam sua legitimidade dos próprios Constituintes, responsáveis por engessar os valores basilares do país em uma Carta Magna.

Importante ressaltar, contudo, que os entendimentos acima descritos não passam livres de críticas e ponderações. Interessante notar que há controverso ponto na medida em que o Supremo, sendo legitimado por seus argumentos e a recepção destes pelo povo, pode ceder aos anseios populares de uma maioria, erodindo-se na sua função de tutelar os direitos fundamentais de grupos minoritários.

Dessa maneira, adviria a dificuldade em defender sua legitimidade tanto pelas vias argumentativas quanto pelo texto constitucional. Neste sentido, “Uma instituição não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de modo a se legitimar por ignorar o clamor popular e por atender a esse mesmo clamor” (ARGUELHES, 2017, p. 81).

Interessante seria, portanto, uma reestruturação do processo de escolha e de investidura dos Ministros do Supremo, de forma que melhor garantisse a legitimidade dos mesmos. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, notando tal necessidade, sugerem um método que melhor se adequa ao fato de que os argumentos e os posicionamentos a serem adotados pelos eventuais ocupantes do cargo são relevantes para o processo democrático. Para os autores (DIMOULIS, LUNARDI, 2017, p. 217-218), é necessário:

(...) tornar transparente e substancial o processo de escolha dos ministros. Mesmo mantendo a atual competência privativa da Presidência da República, uma sabatina realizada de forma planejada, minuciosa e substancial teria grandes benefícios institucionais. Ao invés de responder a perguntas genéricas e motivadas pela pertença partidária de cada senador, a sabatina deveria ser a oportunidade para o indicado se posicionar detalhadamente sobre os métodos de interpretação que pretende seguir, suas concepções sobre o processo objetivo e suas posições sobre relevantes institutos de direito constitucional.

Inobstante, ainda mais interessante seria a previsão de um mecanismo de controle popular periódico da atuação e legitimidade dos Ministros, de forma com que pudessem ser subjugados pelo processo democrático, posto que estes têm se inserido cada vez mais em campos politizados. Entretanto, por outro lado, torna-se imprescindível pensar nessa ingerência popular com ressalvas e limites, de forma que não venha induzir estes magistrados a buscarem cada vez mais, no campo de suas atuações, a satisfação de maiorias como se fossem “eleitorados”, descumprindo seu papel para com o texto Constitucional e para com a defesa dos direitos fundamentais.

## 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1. O Constitucionalismo e as revoluções burguesas

Antes de tornar-se à análise do tema proposto, tem-se por relevante o estudo da essência do movimento que deu origem às Constituições como são hoje compreendidas e de todo o seu contexto histórico. O constitucionalismo, nessa linha, é um movimento político, social e jurídico, voltado à primordial finalidade de instituir um Estado e organizá-lo, limitando os Poderes dele decorrentes.

“Ab initio”, a história deste movimento remonta à Idade Média e início da Idade Moderna, durante o período de vigência do Estado Absolutista, no qual os poderes eram concentrados no Executivo. Neste cenário, consoante a Gonet Branco e Gilmar Mendes, importante fazer notar o pensamento de Jean Bodin (apud BRANCO; MENDES, 2016, p. 40), para o qual o poder do rei é perpétuo e absoluto, não podendo ser revogado nem sobrepujado por contrapesos de outros poderes.

Conforme Bodin, existiam apenas duas restrições ao poder real, consubstanciadas na distinção entre o rei e a Coroa, “que impede o rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que formam parte da fazenda pública” (BRANCO; MENDES, 2016, p. 40), e na impossibilidade de dispor dos bens de seus súditos, para não ser taxado de tirano.

Sendo o poder real absoluto, este era incontestável e imperativo, se impondo sobre seus súditos de forma rigorosa e não passível de exceções. Inobstante, uma das primeiras tentativas de enquadramento e estabelecimento de limites à tal poder remonta justamente à Inglaterra da Idade Média (em 1215), quando da elaboração da “Carta de João sem Terra” ou “Magna Carta”.

Mencionado documento resultou de uma crise política, a qual culminou na imposição do reconhecimento de certos direitos em face das prerrogativas reais, feita pelos Barões a João, o monarca inglês daquele tempo. Nessa linha, Flávio Martins (2019, p. 52):

É inegável a importância da Magna Carta de 1215, já que podemos considerá-la como sendo a fonte normativa de vários direitos fundamentais largamente reconhecidos pelas legislações dos povos. Por exemplo, podemos afirmar ser ela a origem remota do habeas corpus (...)

Consistiam, portanto, em verdadeiras restrições ao poder do Rei, reconhecendo direitos negativos (nos quais o Estado não poderia intervir) como a liberdade ou a propriedade, mesmo que de forma embrionária. A cláusula 39 da Magna Carta previa de forma clara que “nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de sua propriedade, ou tomado fora da lei, ou



exilado, ou de maneira alguma destruído, (...) a não ser por julgamento legal dos seus pares” (INGLATERRA, 1215).

Em que pese tal fato histórico, o rei João, aliado à Igreja para tanto, não executou os ditames redigidos pelos Barões, o que resultou em sua deposição no outono do ano de 1215 e acabou por culminar no seu falecimento e na sucessão por seu herdeiro (Henrique III), que, diferente do antecessor, se comprometeu em seguir a Carta (MARTINS, 2019, p. 52).

Ainda na Inglaterra, merecem destaques os ocorridos no final do século XVII, que culminaram na Revolução Gloriosa e na adoção do “Bill of Rights”, que se destacou por passar a atribuir mais poderes ao Parlamento, em oposição à monarquia. Consoante à Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p.41):

(...) O Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar.

O Parlamento, ainda, por advento deste documento, passa a possuir a prerrogativa de fazer ou desfazer qualquer lei, bem como, concomitantemente, passa a ser instituída uma maior imperatividade e vinculação dos atos legislativos.

Tais acontecimentos históricos na organização política e estatal da Inglaterra tiveram por observador Locke (apud BRANCO; MENDES, 2016, p.42), que se opunha à monarquia absolutista, sendo responsável por traçar os parâmetros ideais de um governo sem concentração de poderes, pautado em instituição de Poderes Moderados.

Inobstante, foi com Montesquieu que a limitação e divisão de Poderes ganhou melhores definições. Em que pese a separação das funções possa encontrar pensamentos embrionários em Aristóteles, foi na obra “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 1996), datada do ano de 1748, que aquela foi melhor idealizada. Este importante filósofo foi responsável por sistematizar um sistema de freios e contrapesos, pelo qual o próprio Poder seria responsável por se autolimitar.

A tripartição das funções em Executivo, Legislativo e Judiciário encontram sólidos fundamentos na obra supra tratada, de importância enorme para o Constitucionalismo e a Ciência Constitucional.

À época, os movimentos políticos e sociais prometiam conduzir a uma verdadeira crise nos valores do Estado, que seria responsável por romper de vez com o antigo Absolutismo. Obras como a de Montesquieu, Locke, entre outros, deram guarida, neste contexto, à

Independência Norte Americana e à Revolução Francesa, esta última simbolicamente responsável por romper de vez com o Estado Absolutista e dar início a uma nova era histórica e política.

Em um cenário marcado por estes questionamentos, com o advento da Independência dos Estados Unidos no ano de 1776, emerge a Constituição Americana de 1787, muito pautada pela supremacia formal sobre os demais atos normativos. Inexistia, por óbvio, previsão expressa de mecanismos de controles constitucionais, mas já era implícito na Carta, de um modo um tanto inovador para o momento, a noção de superioridade de seus dispositivos sobre todos os outros que viriam a ser emanados (MARTINS, 2019, p. 58). Tais apontamentos deram guarida à possibilidade do “judicial review”, a ser destrinchado mais à frente. Ademais, segundo Flávio Martins (2019, p. 59):

(...) destacam-se na Constituição norte-americana a separação dos poderes e o sistema presidencial. Inspirada diretamente em Montesquieu, previu a tripartição de poderes: executivo, legislativo e judicial. Tais poderes não produzem apenas atos inerentes à sua função, mas também interferem em atos de outros órgãos, ao que se tem denominado de freios e contrapesos (...)

Enquanto isso, na França de 1789, com o marco histórico da Queda da Bastilha, todo o processo revolucionário supracitado se inicia, dando origem à crise do sistema Absolutista europeu. A primeira Constituição do período, editada em 1791, se preocupou em instituir a tripartição de Poderes, mas implicou em uma supervalorização do Legislativo. Consoante à Branco e Mendes (2016, p.45), “o governo era desempenhado pelo Legislativo, restando ao Executivo a função de dispor dos meios aptos para dar aplicação à lei”.

O período subsequente à tal Carta, entretanto, não se solidificou, sendo marcado por consequentes conflitos e inovações na ordem constitucional, que culminaram na ascensão de Napoleão Bonaparte à condição de Imperador da França. Em que pese tal constatação, a colaboração histórica da ruptura absolutista permaneceu e historicamente influenciou inúmeros movimentos tendentes a limitar os poderes estatais pelo redor do globo.

Os revolucionários deixaram sua contribuição para a atual conjuntura político estatal do mundo, bem como para a Ciência Constitucional. Inspiraram, neste sentido, uma crescente edição de Constituições, as quais passaram a cada vez mais limitar os poderes estatais.

Contudo, tais implicações não foram capazes, ao menos na Europa, de erigir as Cartas Magnas como supremas dentro de seus respectivos ordenamentos, dando-lhes força normativa e solidez. Foi-se necessária uma outra transição histórica, muito mais dura, posto que ocasionou

terríveis crises humanitárias, para que a supremacia da Constituição fosse reconhecida, e o controle de constitucionalidade adviesse como meio eficaz de dar efetividade aos dispositivos *magnos*.

## 2.2 O Neoconstitucionalismo

A Europa do século XX foi marcada por severos conflitos. Os dois maiores confrontos da humanidade foram sediados em terras europeias, deixando-as devastadas e com profundos estigmas. Em todo período de crise, entretanto, a humanidade e a ciência procuram evoluir, de modo a superar as desavenças encontradas.

No início deste século, verificava-se no mundo político e jurídico a preponderância de um movimento conhecido como Positivismo Jurídico, pautado na supervalorização do Poder Legislativo e de suas emanções (atos normativos). O ordenamento só existia no estrito texto legal, livre de quaisquer interferências subjetivas.

O período, que tem como principal representante doutrinário o austríaco Hans Kelsen, com sua “Teoria Pura do Direito”, foi marcado pela separação do Direito da Ética e da Moral, e pela primazia do texto escrito e positivado da lei. Neste contexto, Barroso (2005, p. 5):

Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

Durante este período, as Constituições, embora existentes, não passavam de meras normas programáticas, sem qualquer força normativa, o que enfraquecia a efetividade de seus dispositivos e conseqüentemente dos direitos fundamentais que reconhecia. Estes fatos deram guarida ao fortalecimento dos regimes fascistas e nazistas na Itália e na Alemanha, base da eclosão da II Guerra Mundial. Nessa linha, Flávio Martins (2019, p. 66):

Um dos exemplos mais tristes da História dos riscos do positivismo jurídico foi a edição das “Leis de Nuremberg”, de 1935, na Alemanha. O governo nazista buscou criar um critério objetivo de definição de quem seria judeu e quem teria “sangue puro alemão”. Para isso, estabeleceu critérios objetivos quanto aos quatro avós de um indivíduo (...) Com base neste critério, foram colocados na lei critérios de segregação racial, considerando ilícitas relações sexuais entre judeus e alemães, vedando o exercício do comércio por parte de judeus etc.

Inexistia nos países europeus controle efetivo de constitucionalidade, que conseguisse sobrepujar os atos e omissões dos Poderes à égide dos direitos fundamentais. Isto foi responsável por gerar uma gritante erosão constitucional, enquanto, por outro lado, acarretou em um desmedido fortalecimento do texto cru da lei. Leis como a de Nuremberg eram observadas e estritamente cumpridas, sem serem passíveis de quaisquer questionamentos, posto que o Direito era apenas aquele positivado por atos do Legislativo.

As barbáries cometidas, principalmente pelo regime nazista, ocorreram todas legalmente amparadas, sem evadirem-se dos limites existentes no sistema alemão à época. Por isso, este triste período da humanidade conduziu a um esforço científico e jurídico para repensar a estrutura do ordenamento e, sobretudo, levar à vinculação dos mandamentos constitucionais e dos direitos humanos e fundamentais.

Neste contexto, Vieira (1997) exprime que referidos acontecimentos e a ascensão dos regimes totalitários, nos quais “o direito foi transfigurado em um mero mecanismo de organização e imposição da força, alertam para a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um conteúdo ético mais sólido”.

O neoconstitucionalismo, portanto, emerge deste período conturbado, associando-se ao pós-positivismo. O Direito se reaproxima da Moral e da Ética, permeando-se de princípios e valores, em que pese sem o abandono de suas objetivas e positivadas leis. Não implica, pois, na adoção de um sistema jusnaturalista, mas sim em uma reestruturação do positivismo, para que este não se sustente mais apenas no texto estrito da lei, mas também na hermenêutica, na ética (BARROSO, 2005, p. 6). Também nessa ótica (VIEIRA, 1997, p. 58):

Estas mudanças ocorreram em primeiro lugar na Alemanha por motivos óbvios. Foi lá que a erosão do direito natural e do constitucionalismo liberal e a desformalização do direito levaram a efeitos mais catastróficos. Naquele país a hegemonia do positivismo jurídico afastou por definitivo substância e forma, moral e direito, deixando um fértil solo para a erosão da Constituição de Weimar pelos decretos de Hitler (...).

Surgem estudos que visam dar efetividade às Constituições, dentre os quais se destacam A Força Normativa da Constituição (HESSE, 1991), segundo o qual estas encontram sua efetividade quando respaldadas no consenso popular, na consciência de determinado povo ao instituir um Estado e em seus valores culturais, históricos, políticos e sociais. Neste sentido, a Constituição deixou de ser “um documento essencialmente político, com normas apenas

programáticas, e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório” (MARTINS, 2019, p. 67).

Paralelamente, ocorre a expansão e o fortalecimento da jurisdição constitucional (MARTINS, 2019, p. 69), com a consequente criação de Tribunais Constitucionais por toda a Europa. Tais ocorrências marcam o início, portanto, do Controle Concentrado de Constitucionalidade, pelo qual é dado a um órgão superior a função de fazer valer os ditames constitucionais, sobrepujando atos e omissões dos Poderes constituídos, em caráter “erga omnes”. Segundo Barroso (2005, p. 8):

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Nessa linha, ainda, em detrimento da supervalorização anterior à letra da lei, são reconhecidos como existentes e vinculantes os princípios, mesmo que não escritos no ordenamento. Normas constitucionais que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, mas verdadeiros “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90), os princípios passam a permear o ordenamento jurídico e constitucional.

Por consequência dos fatores já mencionados, os dispositivos constitucionais e os direitos fundamentais ganham mais efetividade, em um processo de valorização que visa superar as barbáries contra eles dirigidas.

Consoante a Flávio Martins (2019, p. 71), ainda, há um consequente fortalecimento do Poder Judiciário, a quem se entrega a função de zelar pela efetividade da Constituição e pela proteção desta contra qualquer erosão que possa ser resultante da atuação dos demais Poderes.

Segundo este autor, “a consequência é realmente lógica: se a Constituição é a norma mais importante do ordenamento jurídico e vincula todos os Poderes do Estado, sendo o Judiciário o guardião da Constituição, é natural que exija o cumprimento das normas constitucionais” e que, por conseguinte, seja mais fortalecido. Surge, neste ponto, o denominado “ativismo judicial”, na medida em que este Poder passa a atuar mais no campo dos outros Poderes, cobrando que deem efetividade a emanações da Carta Magna.

No Brasil, com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal recebe esse precípuo papel de guardião da Constituição Federal, adotando uma postura semelhante à de

uma verdadeira Corte Constitucional, em que pese ainda vinculado ao Judiciário. Por isso, concentram-se neste órgão as mais importantes atuações da jurisdição constitucional, bem como, por outro lado, são a ele dirigidas as críticas mais duras concernentes ao “ativismo judicial”.

Na medida em que os Ministros que integram tal Corte, não eleitos e, portanto, desprovidos de legitimidade democrática, podem controlar os atos e omissões dos demais Poderes e agentes, estes sim eleitos e representativos, surge uma verdadeira dificuldade contramajoritária, fruto de uma aparente tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

### **2.3 A função contramajoritária**

Uma das características marcantes do Neoconstitucionalismo, pautado pela Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade, consiste em um suposto atrito entre a Democracia e o Constitucionalismo. Nessa linha, Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p.53):

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.

Assim, cumpre tecer um raciocínio lógico. Na medida em que a Constituição tem por objetivo precípua instituir o Estado, emanando princípios, valores e regras essenciais para sua manutenção, ela acaba por restringir o campo de atuação dos espaços majoritários. Em outras palavras, o constitucionalismo em sua essência acaba por restringir a democracia. Não é dado aos agentes representativos esvair-se das regras emanadas pela Carta superior, mesmo que assim demandem as maiorias democráticas.

Contudo, referido conflito entre os institutos é apenas aparente, posto que, na verdade, o Constitucionalismo vem refinar a Democracia, e não confrontá-la. Para Sanchis, citado por Branco e Mendes (2016, p. 54), “busca-se neutralizar a objeção democrática ao Estado constitucional com a observação de que a ‘rematerialização constitucional empresta dimensão substancial para a democracia’”. Nessa linha, “a democracia, portanto, para além da dimensão

procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça” (BARROSO, 2017, p. 28).

A função (ou dificuldade para alguns autores) contramajoritária reside no papel desempenhado pelos Ministros do Supremo, consubstanciado na confrontação de atos e omissões dos demais Poderes, os quais são compostos por agentes eleitos e representativos, sob a égide da Constituição. Desta forma, os magistrados integrantes de referida Corte superior, que não recebem qualquer respaldo eleitoral ou democrático, podem anular atos dos demais agentes políticos eleitos, ou até mesmo controlar suas omissões. Luís Roberto Barroso (2017, p. 27) define bem presente conceito:

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento (...) Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepôr a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.

Segundo Barroso (2017, p. 28) tal função encontra-se fundamentada no império e supremacia do texto constitucional. O Supremo pode, então, enfrentar os atos emanados por órgãos representativos porque se encontra legitimado pela própria Constituição, na defesa de direitos fundamentais.

Posto que um dos desenhos de uma Carta superior consiste nos esforços para a defesa das minorias políticas, mencionada Corte pode defender os ditames constitucionais mesmo em face de interesses dos grupos majoritários. Ademais, também poderá assim proceder porque a Constituição não representa, conforme retro abordado, uma contraposição à Democracia, mas sim um refinamento, reunindo verdadeiras regras basilares para o jogo democrático.

Tal concepção não passa, entretanto, livre de críticas. Um ponto importante a ser levantado é o fato de que os países europeus, ao adotarem um sistema concentrado de Controle de Constitucionalidade, atribuíram tais poderes a um órgão alheio aos que desempenham os três poderes estatais. Para Diego Werneck Arguelhes (2017, p. 97):

(...) Mesmo se tomarmos como um fato que cada vez mais comunidades políticas adotam algum tipo de controle de constitucionalidade por acreditarem em limites ao governo da maioria, isso não é evidência da superação da tensão entre atuação de instituições independentes e as exigências da democracia. Ao contrário, analisando as diferenças entre o desenho institucional dos EUA e dos tribunais constitucionais

européus típicos do pós-guerra, veremos que, longe de considerar a tensão resolvida no campo conceitual (por exemplo, por aceitarem que ‘democracia exige proteção a direitos’), os constituintes nesses países a reconheceram e procuraram mitigá-la na formatação do órgão diretamente responsável pela jurisdição constitucional.

Neste sentido, tais sistemas teriam pensado na dificuldade contramajoritária e concluído pela atribuição das funções referidas a um órgão imparcial ao jogo de poderes, levando em consideração os riscos de um Judiciário muito fortalecido e preponderante no campo político.

Também Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 447), analisando o que ele denominou de “Supremocracia” e criticando o excesso de funções atribuídas ao Supremo, aponta que esta Corte desempenha papéis que em grande parte dos outros Estados “(...) estão divididos em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância”.

Estas concepções buscam destacar os riscos do ativismo judicial, para justificar a necessidade de não mais atribuir ao Judiciário a chamada jurisdição constitucional. Contudo, não levam em consideração que o próprio Judiciário pode desempenhar a função de forma limitada e controlada, sob observância da Constituição. Nessa linha, o Supremo, ao desempenhar seu papel de guardião do texto magno, deve ater-se aos limites que este próprio texto lhe apresenta.

Consoante a Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2017, p. 206), o caminho para melhor legitimar a atuação da Corte superior ao realizar o controle de constitucionalidade é “(...) o retorno à teoria clássica de seu papel como guardião da Constituição em uma democracia, graças à sua função de intérprete fiel e objetivo da Constituição, com atuação transparente e oferecendo a devida fundamentação jurídica”. É através da fundamentação e da coerência das decisões com a Carta Magna que o Supremo Tribunal Federal pode superar a sua dificuldade contramajoritária e encontrar a sua legitimidade. O próprio Barroso (2017, p. 29) exprime posicionamento neste sentido:

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos



no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Assim, respaldando suas decisões no texto da Constituição, o Supremo emanaria decisões que encontrariam sua legitimidade democrática na própria essência do Poder Constituinte, que ao instituir um Estado fornece a forma “substancial” da Democracia.

#### **2.4 A função representativa**

Para Barroso (2017, p. 30), o Supremo, ainda, desempenha outra importante função para o ordenamento constitucional contemporâneo, na medida em que pode atuar de maneira representativa às maiorias, quando o Legislativo e o Executivo não cumprem com a sua tarefa democrática da maneira esperada. Isto ocorreria porque “o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria (...) em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política” (BARROSO, 2017, p. 31).

Assim, diante de situações excepcionais nas quais os Poderes não cumprem de forma eficiente com as suas funções institucionais, desagradando maiorias, em verdadeiras crises de representatividade, estas poderiam se socorrer ao Judiciário para a efetivação de suas vontades democráticas (mas sempre dentro dos limites constitucionais). De acordo com Daniel Sarmiento (2017, p. 385):

Por um lado, há uma crise de representatividade dos poderes eleitos, que, com frequência, se distanciam da vontade popular, para agir de acordo com os seus próprios interesses particulares, ou em favor de poderosos grupos, que conseguem captura-los. Por outro, os juízes constitucionais, como ‘seres enraizados’, tendem a compartilhar os valores das sociedades em que estão inseridos e projetá-los em suas decisões.

Barroso (2017, p. 32) menciona que a crise representativa não é uma exclusividade brasileira, e que em outros sistemas de outros países também levou ao fortalecimento do Judiciário. Para o autor, fundamentalmente, o principal motivo de tal protagonismo jurídico nestes cenários é a democracia cada vez mais deliberativa, na qual os agentes institucionais se legitimam por seus argumentos. Na medida em que os Ministros do Supremo seriam capazes de adotar fundamentos coerentes e passíveis de aceitação por parte da opinião pública, poderiam tomar decisões representativas.

Consoante à Barroso (2017, p. 33), a decisão do Supremo no sentido de reconhecer a constitucionalidade da vedação ao nepotismo (que culminou na elaboração da Súmula Vinculante de número 13), bem como a declaração de inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais são decisões que poderiam muito bem ser tomadas nos espaços majoritários, consubstanciando nítidos exemplos do exercício de uma “função representativa” do Supremo.

Neste aspecto, críticas bem fundadas merecem destaque, como a de Arguelhes (2017, p. 82-83), para o qual não é possível que um Tribunal se legitime pelas vias contramajoritárias e majoritárias simultaneamente, de forma contraditória. Em suas palavras:

Como é possível que uma instituição desenhada para decidir sem pressão política de maiorias eventuais possa se legitimar por ter aderido à opinião pública – isto é, por fazer o contrário do comportamento que se espera promover com a criação de instituições independentes em uma democracia? (...) Quando e como saber, afinal, se os ministros corretamente ignoraram o clamor popular e atuaram contramajoritariamente – e quando devem ser celebrados por atender aos anseios da população?

Logo, haveria uma nítida contradição na atuação do Supremo se, ao mesmo tempo em que encontra sua legitimidade no texto constitucional, devendo atuar como defensor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos fundamentais e dos direitos de grupos minoritários, não devendo sucumbir à opinião pública, pudesse atuar no campo majoritário, retirando da aceitação popular sua legitimidade. Seria impossível, neste cenário, garantir a sua imparcialidade e a sua eficiência em fazer valer verdadeiramente os ditames constitucionais.

Portanto, imprescindível a defesa de que ambos os campos de atuação (contramajoritário e representativo) desta Corte deem-se de formas independentes e inconfundíveis. Mesmo que, por vezes, possa suprir os interesses majoritários da população, o Supremo não pode, de forma nenhuma, sucumbir aos clamores populares, devendo atuar sempre de forma técnica e restrita à Constituição.

## **2.5 A função iluminista**

Lúis Roberto Barroso (2017, p. 37) aponta, ainda, existir uma última função importante assumida pelo Supremo neste quadro da jurisdição constitucional, a qual denomina “função iluminista”. Neste ponto, esta Corte atuaria, na defesa de direitos fundamentais e de grupos

minoritários, com um viés inovador no ordenamento, mesmo que ainda pautada nos princípios, valores e emanções da Constituição Federal.

Respaldados, portanto, por dispositivos do texto Constitucional, os Ministros do Supremo poderiam, ao efetivar o controle de constitucionalidade, atuar de forma mais ativa na concretização dos direitos fundamentais, determinando a prevalência destes em face de contextos conservadores, de forma a conduzir a verdadeira evolução social. Barroso (2017, p. 38) em convergência, expõe que:

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. (...) A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.

Por conseguinte, o Supremo, então, atuaria de forma “iluminista” ao reconhecer, em detrimento da legislação e até mesmo de consensos majoritários vigentes, prerrogativas e direitos que, resultantes da exegese daqueles direitos tidos por fundamentais, simbolizam verdadeiras inovações sociais. É o caso, por exemplo, do reconhecimento das uniões homoafetivas, não realizado pela legislação, mas pelo Judiciário (Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, datadas do ano de 2011) e da declaração de inconstitucionalidade do crime de aborto até a terceira semana (HC 124.306, de 2016). Nessas decisões, “evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador” (BARROSO, 2017, p. 45).

Cumprir reconhecer, aqui, que muitas vezes o Legislativo e o Executivo, submetidos à opinião pública e à vontade de maiorias, falham em seus deveres institucionais de dar cumprimento efetivo e progressivo aos direitos fundamentais. Assim, nessa ótica, resta ao Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, como defensor do texto constitucional e de sua melhor interpretação, guiar o ordenamento jurídico à modernidade, tornando o Direito atual e efetivo quanto a tais garantias essenciais de um Estado Democrático de Direito. Sob essa ótica, Barroso (2017, p. 39):

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história.

Desta forma, pode-se dizer que a Corte superior reforça ainda mais a força normativa das Constituições, posto que, de acordo com Hesse (1991) é preciso que estas logrem corresponder à realidade de suas épocas. As Cartas e conseqüentemente os direitos fundamentais devem ser constantemente interpretados e adequados à realidade, para que possam continuar tendo sua efetividade concretizada. Trata-se de um processo contínuo e inacabável.

É importante ressaltar, por fim, que todas as funções debatidas devem ser interpretadas de forma a não conduzir a arbitrariedades judiciais. O próprio Barroso (2017, p. 46), responsável por explicar e defender o exercício de cada uma das atribuições mencionadas pelo Supremo, aponta os prejuízos que podem advir do emprego das funções fora do contexto para o qual se destinam ou mesmo da aplicação destas de forma excessiva. Para ele, “sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atribiliariamente, qualquer Tribunal caminhará para o seu ocaso político” (BARROSO, 2017, p. 47). As funções contramajoritária, representativa e iluminista do STF devem, portanto, tornar-se ao que lhes principia e ao mesmo tempo lhes encerra: a letra da Constituição.

## **2.6 As omissões inconstitucionais**

Ao tratar sobre a jurisdição constitucional, exercida expressivamente pelo Supremo Tribunal Federal neste novo contexto resultante do Neoconstitucionalismo, torna-se nítido visualizar o exercício da função contramajoritária quando dirigida a atos e leis do Executivo e do Legislativo. Entretanto, frequentemente, as maiores formas de violação à direitos constitucionais fundamentais reside não em formas positivas, mas sim em aspectos negativos, consubstanciados na falta de concretização destes preceitos.

Assim, aos Poderes constituídos, no exercício de suas funções, cumpre a concretização dos direitos emanados pela Carta. Cabe-lhes, portanto, a edição de atos e leis que permitam o exercício destes direitos e prerrogativas a seus respectivos titulares. A própria Constituição

reconhece, dentro deste tema, remédios e ações constitucionais utilizáveis para compelir o Executivo e o Legislativo a agir, quais sejam o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no artigo 103, §2º da Carta (BRASIL, 1988).

Nestas situações, a própria Constituição limita a discricionariedade dos poderes, sob o aspecto de que a concretização de seus ditames é imperativa e preponderante. Ademais, ao Judiciário foi reservada a competência para dar efetividade a estas emanções, fazendo valer a tão importante força normativa do texto constitucional. Nos autos do julgamento do Mandado de Injunção de número 715, o Ministro Celso de Melo (2005 apud OLIVEIRA, 2018, p. 2) expressou-se no sentido de que:

Impende enfatizar, neste ponto, que as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado.

Portanto, posto que intoleráveis as omissões para a concretização dos pilares constitucionais, cumpre enfatizar que ainda mais alarmantes seriam quando dirigidas a direitos e garantias fundamentais.

Todo o processo evolutivo histórico da Ciência Constitucional, responsável pela Supremacia da Constituição e sua conseqüente força normativa, pautou-se em dar à Carta maior efetividade, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais, de forma a evitar a perpetração de novas barbáries humanitárias.

Caso não houvesse medidas no ordenamento capazes de insurgir contra essas lacunas inconstitucionais, haveria, novamente, uma erosão dos preceitos magnos capaz de dar guarida a novas atrocidades. Neste sentido, Flávio Martins (2019, p. 459-460):

Por vezes, a Constituição Federal impõe ao Estado deveres (expressos ou implícitos) que, caso não sejam cumpridos, podem ensejar a condenação do Estado, por sua inação inconstitucional (...) Os direitos fundamentais previstos na Constituição impõem ao Estado deveres de fazer e não fazer.

Ante ao exposto, cumpre ao Judiciário, mais especialmente ao Supremo Tribunal Federal, no que tange às inércias do Legislativo e do Executivo que precisam ser sanadas em

caráter erga omnes, efetivar o texto da Carta superior, mesmo contra os agentes representativos, grupos majoritários e realidades conservadoras. Isto porque, após todo o contexto analisado, nota-se que este órgão de cúpula assumiu funções basilares para o atual Estado Democrático de Direito, todas comprometidas para com o derradeiro cumprimento dos preceitos constitucionais.

### 3 DAS OMISSÕES PENAIS PREJUDICIAIS ÀS MINORIAS

#### 3.1 Princípio da Legalidade

Esculpido no rol dos direitos fundamentais, o princípio da Legalidade encontra amparo no artigo 5º, inciso XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Referido mandamento profere verdadeira reserva legal, garantindo que somente aquele estrito ato normativo emanado pelo Poder Legislativo pode tipificar crimes e cominar as sanções respectivas.

Historicamente, a Legalidade remonta justamente às revoluções burguesas que culminaram no fim do Absolutismo. Embora alguns autores apontem que já havia uma noção embrionária deste princípio na Magna Carta de 1215, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, que ele ganhou maiores contornos (GRECCO, 2017, p. 174-175).

Sua essência e razão de ser consubstanciam-se na necessidade da imposição de limites ao poder absoluto, com a conseqüente separação das funções e instauração de um sistema de freios e contrapesos. A criminalização, que antes da queda do sistema absolutista era tão arbitrariamente utilizada, passa a ser estrita à lei, ao ato emanado de um rigoroso processo legislativo, no qual os agentes mais representativos (na teoria) do povo conduzem as discussões. Neste contexto, Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 505):

Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se na lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática.

Assim, verifica-se que o princípio em tela objetiva impedir o excesso de poder e o autoritarismo quando da tipificação de condutas, de modo que concede a agentes com legitimidade democrática as competências necessárias.

Neste ponto, portanto, não cumpre ao Executivo e ao Judiciário a criminalização de condutas, posto que a constitucional tripartição de Poderes reserva ao Legislativo a confecção da lei e que somente esta pode criar tipos penais. A legalidade emana, portanto, verdadeira limitação à atuação (sobretudo) do Judiciário, ao qual cumpre dar fiel cumprimento as normas e não instituí-las – muito menos definir as condutas criminosas. Ao Judiciário (e, portanto, ao STF) cumpre a subsunção do fato à norma, mas não a construção das regras aplicáveis.

### 3.2 Função de defesa dos grupos minoritários e mandados de criminalização

Ante a todo o raciocínio já exposto, cumpre destacar que a Constituição, além de instituir o Estado, limitando e dividindo os poderes dele decorrentes, também possui, como resultado dos avanços históricos, a finalidade precípua de defesa dos direitos de grupos minoritários.

Os direitos fundamentais reconhecidos em seu bojo, relacionados com os internacionais direitos humanos, emanam verdadeiras proteções humanitárias, muito relacionadas com a Dignidade da Pessoa Humana, que orientam e fundamentam a tutela de todos os indivíduos e de suas formas de autodeterminação respectivas.

Nessa linha, posto que a Carta entrega ao Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, o papel de guardar a Constituição e de garantir a sua eficácia, esta Corte assume para si a árdua tarefa de, no exercício da jurisdição, concretizar os direitos fundamentais, garantindo a sua eficácia e a sua força normativa.

Por demais, a Constituição Federal de 1988, nessa linha, institui, ao lado do retro citado princípio da Legalidade, no fundamentalíssimo artigo 5º, um verdadeiro mandado de criminalização. Determina, sob sua égide, que o Poder Legislativo, incumbido de criar os tipos penais no exercício de sua função, criminalize e sancione condutas atentatórias aos grupos minoritários. Nos termos expressos na Carta: “XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988).

Sobre o assunto, Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 498-499) exprimem que:

(...) as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização expressos, dirigidos ao legislador. Registre-se que os mandados de criminalização não são uma singularidade da Constituição Federal (...) é inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo catálogo de mandados de criminalização expressos de que se tem notícia.

Logo, denota-se que não é exclusividade da Constituição brasileira a instituição de referido mandamento, mas que se trata de um fenômeno verificável em outras ordens constitucionais no direito comparado.

Em que pese, porém, tais dispositivos tenham por destinatário o Legislativo, complexa situação surge na constatação de que, por se tratar de um Poder composto por agentes eleitos e democráticos, acaba muitas vezes por representar direitos de grupos majoritários, que são justamente opostos aos interesses das minorias. Isso explica, em muito, o porquê de casos como os da homofobia não serem objeto de imediata criminalização pelo legislador.



Torna-se importante observar que o Congresso Nacional ainda atende a interesses preponderantes, de suas maiorias eleitorais, o que o faz muitas vezes em detrimento da Constituição. Por isso ser tão relevante e importante atribuir a jurisdição constitucional a agentes que não precisem se submeter às pressões populares, não sendo suscetíveis ao abandono da função de concretizar os mandamentos constitucionais em detrimento da opinião pública.

Neste cenário, muitas vezes duro, o Supremo Tribunal Federal acaba por ser a única instância a que os grupos minoritários podem se socorrer para fazer valer seus direitos fundamentais. Somente esta Corte, retirando sua legitimidade da Constituição, pode dar efetividade a estes direitos, impedindo que a história conduza a uma nova erosão dos ditames constitucionais e a uma nova crise humanitária. Trata-se de um verdadeiro exercício da função iluminista e contramajoritária desta Corte, que “empurra” a sociedade para o progresso, sobrepujando as omissões de um Congresso conservador e falho em sua missão para com a ordem constitucional. Corroborando, de certa forma, com o argumento aqui deduzido, interessante frisar o alegado por Oscar Vilhena Vieira (1997, p. 74-75):

A segunda função que o Judiciário pode desempenhar melhor do que o sistema representativo, sem pretender substituir as suas decisões, é facilitar a representação das minorias. Também aqui a perspectiva é positiva, no sentido de equalizar os diversos grupos existentes na sociedade de forma a que a maioria não possa se auto-beneficiar (sic) em detrimento das minorias. Nesse sentido os tribunais devem policiar o processo democrático para verificar se os interesses das minorias também foram adequadamente protegidos. Caso as decisões tomadas tenham caráter discriminatório, os juízes estarão autorizados a interferir no processo político para corrigir esses desvios (...)

Vieira reconhece, assim, que o Judiciário assumiu este objetivo relevante de servir de instrumento para a concretização dos interesses de minorias desprotegidas e vulneráveis no jogo político. Cumpre a este, portanto, rebater os atos, mas também as omissões, de forma a garantir a correção de tais falhas.

No que tange especificamente a este caso da legislação penal, surge uma polêmica doutrinária sobre o questionamento de se, nos casos em que o Legislativo se queda inerte em criar os tipos que a Constituição determina serem necessários, o Judiciário pode interferir neste campo, posto que isto significaria infringir a Separação de Poderes e o Princípio da Legalidade.

Prioristicamente, em se tratando da Separação de Poderes, a polêmica apontada é facilmente rebatível, considerando que os Poderes são constituídos e retiram sua razão de ser da própria Constituição, e que tal Carta garante ao Supremo o exercício da jurisdição

constitucional, possibilitando-o a utilização de seus mecanismos jurisdicionais para frear os excessos e determinar a supressão das omissões inconstitucionais.

Convergentemente a este apontamento, Vieira exprime que “os tribunais são efetivamente anti-majoritários (sic) em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção” (1997, p. 68).

Ademais, no que concerne ao Princípio da Legalidade, interessante de se frisar que a Constituição prevê referido princípio no mesmo fundamentalíssimo artigo em que prevê o mandado de criminalização. Assim, o Constituinte garantiu a reserva legal para a tipificação penal, mas também exigiu que fossem criminalizadas condutas atentatórias aos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, interessante destacar o posicionamento da Corte Constitucional Alemã destacado por Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 503), o qual, embora trate de situações de infração positiva de direitos fundamentais por parte da legislação penal, apresenta conclusão um tanto aproveitável para a situação em tela:

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, ao tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se à esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

Logo, deve ser considerado que o campo de discricionariedade legislativa não é amplo, se submetendo também a limites emanados pela Constituição. O Congresso, nessa linha, não pode simplesmente quedar-se inerte em solidificar a proteção penal às minorias, cabendo ao Judiciário tomar as medidas pertinentes e razoáveis, conformadas nos poderes que lhe foram atribuídos, para garantir que referidas garantias sejam efetivadas. Nessa linha, torna-se importante levar em consideração que há um conflito de valores e princípios, devendo ser efetivada uma ponderação com vistas a encontrar uma solução que melhor os concretize.

### **3.3 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e seus efeitos**

A Constituição Federal reservou ao Supremo, em seu artigo 103, §2º, dentre as Ações capazes de provocar a jurisdição constitucional, o conhecimento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão. Esta é cabível, nessa linha, para declarar a

inconstitucionalidade presente em omissões perpetradas pelos demais Poderes quanto à concretização de medidas para tornarem as normas constitucionais efetivas. Cumpre discorrer, aqui, acerca das disposições constitucionais e legais que envolvem o mecanismo, para melhor entender os efeitos que podem advir de uma eventual decisão.

Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 1230) exprimem que o estudo de presente instrumento é desafiador para a Ciência Jurídica e Constitucional, porque envolve problemáticas que induzem aos seguintes questionamentos:

Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Na mesma linha da ADI, são também legitimados para ingressarem com a medida o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, bem como o Governador de Estados ou Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Diferencia-se mencionada Ação, neste ponto, bem como também em seu objetivo primordial, do Mandado de Injunção previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição e regulamentado pela Lei 13300/16. Isto porque, este último pode ser ajuizado por qualquer pessoa ou por instituições previstas na legislação específica, com o fulcro de combater situações em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Consiste este Mandado, portanto, em um mecanismo mais específico, para tratar de situações menos genéricas, diferente das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão, isto porque (MARTINS, 2019, p. 903):

A conhecida ADIn por omissão é cabível em face de qualquer norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo. Em outras palavras, em qualquer situação de norma constitucional que precise de um complemento, inerte o poder público, poderá ser ajuizada a ADIN por omissão. Por sua vez, o mandado de injunção tem um cabimento mais restrito: só é possível em caso de inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por conseguinte, consoante à Flávio Martins (2019, p. 570-571) o primordial objetivo das ADO's consiste no ataque de omissões do Poder Público tidas por inconstitucionais, seja porque descumprem totalmente o dever de complementar dispositivos da Carta penderes de regulamentação (normas constitucionais de eficácia limitada) ou infringem de forma parcial esta obrigação. Na primeira hipótese, portanto, inexistiria norma para reger tais situações, impossibilitando a concretização das normas magnas, enquanto na segunda, por sua vez, existe regulamentação, mas esta é ineficaz em concretizá-las completamente.

Trata-se, neste sentido, de mecanismo jurídico essencial para o ordenamento constitucional, posto que visa possibilitar ao Judiciário uma atuação no sentido de corrigir lacunas do Poder Público, compelindo-o a cumprir e fazer valer a Constituição. Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p. 1230), neste sentido:

Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Nessa exegese, a possibilidade de sobrepujar as omissões dos Poderes constituídos em concretizar a Carta superior provém de realidade recente. Os próprios Branco e Mendes (2016, p. 1231) fazem notar que Hans Kelsen entendia ser inconcebível a existência de um dever do Estado em legislar, bem como denota que a Constituição de Weimar (1919) não embasava a possibilidade de pretensão alguma contra o legislador.

Este cenário foi abruptamente alterado com o neoconstitucionalismo e o pós positivismo. A Lei Fundamental de 1949, por sua vez, já expressamente vinculava o legislador aos direitos fundamentais. Concebe-se, nessa linha, a existência de um dever constitucional de legislar, de regulamentar preceitos advindos da Carta Magna.

Fruto de avanços recentes, a declaração da inconstitucionalidade por omissão, sobretudo na atividade legislativa, ainda carece de sistematizações teóricas capazes de melhor definir seus contornos e seus limites. Interessante controvérsia situa-se na discussão a respeito de quais efeitos devem advir de uma decisão que reconheça a existência da lacuna inconstitucional. Flávio Martins (2019, p. 578-579) discorre sobre o assunto, apontando que:

Tanto a Constituição quanto a Lei 9868/99 dão um tratamento diferente ao órgão omitente na decisão de procedência da ADO: se a omissão for

do Poder Legislativo (...) o STF apenas dará ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias (...) Quanto à comunicação feita ao Poder Legislativo, a Constituição e a lei não preveem a possibilidade de fixação de prazo para legislar, muito menos prevê a possibilidade de sanções caso a omissão persista. Esse tratamento (relativamente astênico) visa preservar a separação dos Poderes, um dos princípios constitucionais (art. 2º. CF) e cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CF).

Contudo, a inexistência de quaisquer efeitos capazes de garantir a efetividade da medida foi objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isto porque, em que pese a Separação dos Poderes compreenda uma das cláusulas pétreas, conforme retro exposto, estas se solidificam com o objetivo de preservar a força e a substância da Constituição, não podendo ser interpretadas de forma absoluta quando em conflito com a própria efetividade desta Carta.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal já decidiu de forma a “sugerir” um prazo para o Congresso Nacional legislar, na ADI 3682, bem como também o fez na ADO 24-MC/DF (MARTINS, 2019, p. 579). Tratam-se de decisões que seguem a abertura concedida pelo artigo 12-H da Lei 9868/99 que possibilita a fixação “excepcional” de “prazo razoável” pelo Tribunal. Para Flávio Martins, ainda (2019, p. 579):

Enquanto as decisões do STF continuarem a ser “sugestões” ou “apelos”, não violarão a separação dos Poderes. Entendemos ser necessária uma reforma legal ou constitucional. Deixar como está significa a utilização da máquina jurisdicional para um provimento jurisdicional inútil.

A discussão ganha contornos mais fortes quando as omissões inconstitucionais dizem respeito à direitos e garantias individuais. Na medida em que estes também são considerados cláusulas pétreas, como seria possível justificar a preponderância da separação de Poderes sobre a sua concretização?

Isto significaria, nessa ótica, defender a manutenção da divisão de funções por consistir em uma cláusula garantidora da integridade da Constituição, mas concomitantemente defender a erosão desta mesma justamente em uma de suas finalidades precípuas: a instituição de direitos fundamentais e defesa de grupos minoritários.

Nestes pontos, “o princípio do Estado de Direito (art. 1º), a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o disposto no art 5º, LXXI (...) exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade” (BRANCO; MENDES, 2016, p. 1251).

Ainda mais prejudicial é a questão das inconstitucionalidades existentes na ausência de normas penais que criminalizem condutas atentatórias a estes Direitos, como ocorreu no caso

da homofobia e da ADO de número 26 (BRASIL, 2019). Em que pese a situação tenha se resolvido através de uma verdadeira “gambiarra jurídica”, garantindo a interpretação extensiva e aplicação analógica da Lei 7716/89 (a qual trata dos crimes resultantes de preconceito de raça ou cor) às condutas homofóbicas, a controvérsia perdurou.

Ainda há, mesmo considerando todos os fatos abordados, quem defenda que o Legislativo deveria ter discricionariedade para decidir quando editar ou não lei a respeito deste assunto, em observância a princípios como a Separação de Poderes e a Legalidade (ALMEIDA, 2019).

Contudo, é plenamente defensável que em situações nas quais direitos fundamentais tem sua aplicação impossibilitada pela falta de regulamentação, dentre as quais se insere o desrespeito de mandados constitucionais de criminalização, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal deveriam, ainda mais fundamentadamente, revestir-se da mínima coercibilidade possível, de modo a garantir a força normativa da própria Constituição.

### **3.4 Construção ideológica para solucionar os conflitos**

Conforme verificado no tópico anterior, há imperativa necessidade de discorrer a respeito dos efeitos decorrentes de uma eventual decisão procedente em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, sobretudo quando dizem respeito à inércia na edição de normas penais destinadas a tutela de grupos minoritários.

Posto que historicamente as Constituições possuem por pressuposto básico a edição de direitos fundamentais, com força vinculante, para a defesa dos grupos minoritários, torna-se gritante a necessidade de fornecer efetividade a decisões judiciais destinadas a garantir que tais ditames tenham força normativa concreta. Nessa linha, Ana Paula de Barcellos (2017, p. 269):

A grande força moral e, de certo modo, jurídica, subjacente à pretensão da jurisdição constitucional de ampliar seu espaço de atuação é a realização dos direitos fundamentais. E o argumento é realmente excelente. Uma vez que um Estado adote a centralidade do ser humano – isto é: o Estado existe para servir o homem e não o homem para servir o Estado –, a democracia deverá ter como objetivo, necessariamente, a proteção, o respeito e a promoção dos direitos fundamentais das pessoas, ainda que essa assertiva geral admita muitas variações.

A questão se reveste de polêmica por conta de um suposto conflito com os princípios da Separação de Poderes e da Legalidade. Isto porque caso a decisão do Supremo em casos como estes tenha o condão de suprir a lacuna inconstitucional, haveria verdadeiro exercício de

legislação pela Corte, que romperia com a tripartição constitucional de funções, interferindo em uma aparente discricionariedade legislativa. Por outro lado, caso o provimento permaneça consubstanciado em “mero apelo” para a edição de normas, a decisão seria inútil e incapaz de manter a ordem constitucional íntegra.

Neste ponto, antes de se debruçar sobre uma sistematização ideal, cumpre destacar, mais uma vez, que o Poder Legislativo, assim como os demais, retira seu fundamento e legitimidade da própria Constituição. A democracia, neste cenário mundano atual, encontra-se adstrita à Constituição. Portanto, não há que se falar em discricionariedade legislativa quando a própria Constituição a limita, determinando a edição de normas penais que penalizem atos atentatórios contra os direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, diferente conclusão daria guarida a um retrocesso científico, possibilitando a erosão da força normativa da Constituição.

Com base em referidas constatações, na decisão da ADO nº 26 (BRASIL, 2019), a qual dispunha sobre a ausência de tipificação do crime de homofobia, o Supremo Tribunal Federal emanou decisão histórica e sem precedentes no sentido de suprir a lacuna inconstitucional com a aplicação de lei semelhante ao caso (lei dos crimes de racismo), enquanto não haver legislação específica sobre o assunto. Em que pese um tanto iluminista e avançada, a decisão foi muito criticada (e com argumentos sólidos) por não se pautar em nenhuma previsão constitucional ou legal, implicando em atuação jurisdicional ativista e perigosa.

Assim, cabe aos teóricos o desenvolvimento de um sistema ideal, que, através da realização da ponderação entre os princípios em jogo, possibilite a melhor realização de todos os valores constitucionais incidentes sobre a situação.

Considerando que é inconcebível uma solução que leve à erosão dos preceitos da Carta, sobretudo de seus direitos fundamentais, torna-se imprescindível conceder ao Supremo, titular do papel de guardião da Constituição, maior poder decisório para situações como estas. Por mais que muito já se discuta sobre a concessão excessiva de poderes a esta Corte, como alguns autores o fazem ao denominar a problemática de Supremocracia (VIEIRA, 2008) ou de Ministrocrazia (ARGUELHES, 2018), importante frisar a excepcionalidade do caso em questão, o que justificaria uma estrita relativização destes pontos de vista.

O ativismo judicial é um problema muito debatido pela doutrina e com razão. Tal abuso de Poder merece ser combatido como qualquer um, mas é incontestável que a situação em tela exige uma maior atuação do Judiciário em prol dos mandamentos constitucionais e direitos fundamentais (o que não deve implicar a sua desmedida ingerência).

O limite entre a atuação legítima e o ativismo é tênue, mas não é impossível segregá-los de vez com a imposição de regras restritivas claras. Neste sentido, “o fato de existirem decisões

relevantes que declaram inconstitucionalidades e tentam colmatar lacunas normativas não significa que se pode automaticamente afirmar a existência de ativismo” (DIMOULIS, LUNARDI, 2017, p. 208).

Pode-se dizer que a existência de tais decisões, que declaram inconstitucionalidades e tentam colmatar lacunas são essenciais para o próprio sistema constitucional e democrático e, desde que emanadas com reservas, não podem ser taxadas como ativistas. O problema se encontra no excesso, quando o Supremo atua sem retirar o fundamento do emprego de tais medidas da Constituição.

Neste cenário, portanto, a Corte deverá se pautar sempre na Carta, pois é esta que legitima tal empreitada. Sempre que suas decisões se afastarem do texto magno, não encontrando argumentos sólidos por entre os dispositivos constitucionais, haverá ativismo – e não atuação legítima.

Assim, a solução mais ideal para a situação debatida consiste na criação de um mecanismo específico para as omissões inconstitucionais na edição de normas penais que tutelem grupos minoritários. Através da criação específica, torna-se possível abrir caminho para que o efeito das decisões tenha maior efetividade, mas que, ao mesmo tempo, a sua aplicação se dê de forma conformada e legítima.

No ordenamento jurídico brasileiro, uma interessante analogia para trazer à situação em tela consiste na relação harmoniosa e efetiva entre o Executivo e o Legislativo na edição de Medidas Provisórias.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32, que possibilitava a edição de tal medida com força de lei pelo Executivo, foi previsto, a fim de gerar certa efetividade, o mecanismo da obstrução de pautas do Congresso – já utilizado no sistema, anteriormente, no processo de edição das leis sob regime de urgência (MONTEIRO, 2016, p. 207), consubstanciando verdadeiro exemplo de um saudável exercício do sistema de freios e contrapesos. Nas palavras de Monteiro (2016, p. 207):

Previsto desde a Constituição de 1988, o trancamento de pauta foi originalmente concebido para acelerar a votação de projetos qualificados com a chamada “urgência constitucional”. A urgência pode ser solicitada pelo Presidente da República para “os projetos de lei de sua iniciativa”. Uma vez esgotado o prazo de quarenta e cinco dias para ultimar-se o trâmite legislativo da proposição em cada uma das Casas, todas as demais proposições ficariam sobrestadas; somente poderiam ser analisadas após a conclusão da votação do projeto em regime de urgência. Posteriormente, essa mesma técnica foi trazida para “solucionar” o problema das medidas provisórias. (...) Para “obrigar” o



Congresso a votá-las, emendou-se o texto constitucional e previu-se o trancamento de pauta também para as medidas provisórias.

Na época da edição da EC, a instituição de referido efeito foi muito problematizado, também sob a ótica da Tripartição de Poderes. Entretanto, atualmente, dezenove anos depois, a prática tem demonstrado que os Poderes se controlam de forma recíproca, tornando o emprego da medida democrático e constitucional.

Por outro lado, cumpre enfatizar, na ótica de Monteiro (2016, p. 209-210), o fato de que, quando usadas desmedidamente, as Medidas Provisórias transformam o Executivo em um legislador solitário, posto que verdadeiramente inviabiliza a atividade legislativa. Objetivando reduzir um pouco referido efeito prejudicial, o STF, concordando com entendimento do então presidente da Câmara à época, teria relativizado o trancamento de pautas apenas para a legislação ordinária e, mais estritamente ainda, para aquelas matérias que poderiam ser objeto de Medida Provisória. Com isto, pretendeu-se evitar um cenário no qual, restritos pela obstrução da pauta, os legisladores não pudessem dar andamento a outros projetos de lei extremamente necessários e urgentes. Em suas palavras (MONTEIRO, 2016, p. 210):

Como o §1º do art. 62 da CF/88 põe fora do alcance das medidas provisórias uma série de matérias, as proposições legislativas a elas relacionadas não poderiam sofrer a obstrução legislativa, haja vista que não constituem objeto possível de deliberação por meio de medida provisória. Para além disso, somente as sessões ordinárias da Câmara poderiam ser objeto de obstrução legislativa. As sessões extraordinárias, segundo esse entendimento, seriam imunes ao trancamento de pauta.

Não foi poupada de críticas, contudo, tal decisão e interpretação, posto que desconsidera o fato de que o próprio texto constitucional é expresso ao determinar o trancamento de “todas” as deliberações legislativas. Embora justificada pela imperante necessidade em restringir a atuação excessiva por parte do Executivo, a decisão se utilizou de uma interpretação errônea, baseada em uma mutação constitucional que se esvai de seu próprio conteúdo, transpassando os limites legítimos que foram apontados e estudados por Konrad Hesse, por exemplo (apud MONTEIRO, 2016, p. 213).

Assim, tornando ao tema anteriormente discorrido, no que tange aos efeitos de uma decisão, a título de sugestão teórica de um tipo ideal, esta poderia não ter o condão de suprir a lacuna propriamente dita, infringindo duramente e, sem reservas, a Legalidade e a Separação de Poderes, mas poderia, pelo contrário, emanar ao Congresso uma constatação de existência

da lacuna inconstitucional para que esta seja suprida em prazo razoável, sob pena de trancamento de pautas.

Desta forma, o Legislativo poderia discutir o preenchimento da lacuna, no exercício de sua função legislativa, possuindo discricionariedade sobre aspectos deste suprimento, mas não sobre o suprimento em si. Citando Cunha, Arthur Maximus Monteiro (CUNHA JR, 2008 apud MONTEIRO, 2016, p. 206) discorreu acerca de uma possível utilização deste método, embora tratando amplamente de todas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão:

Dentro dessa quadra, uma possibilidade trazida à baila como solução para a resolução das omissões inconstitucionais é a interferência judicial no processo legislativo. Por essa posição, em vez de produzir a norma faltante, o Supremo Tribunal Federal emitiria um comando mandamental ao Congresso Nacional, determinando prazo para aprovação de norma destinada a elidir o vazio normativo, findo o qual, a permanecer o vácuo legislativo, nada mais poderia ser votado em qualquer das Casas do Legislativo (...) A esse mecanismo, cujo epíteto deriva diretamente da eficácia prática da medida, a praxe política e jurídica atribuiu o nome de trancamento de pauta.

Importante destacar que este mesmo autor (MONTEIRO, 2016, p. 214) emana duros argumentos contrários à utilização do trancamento como solução à ineficácia das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão. O principal ponto a ser destrinchado diz respeito à formação da agenda política. Em que pese a discricionariedade legislativa não seja infringida no que diz respeito a sua substância, tal efeito poderia acarretar uma obstrução e esvaziamento da atividade legislativa como um todo, estagnando a definição de agendas capazes de atender a outras necessidades essenciais do Estado.

É necessário averiguar, portanto, se a adoção de eventual solução semelhante não poderia conduzir a uma vulnerabilidade do Congresso em detrimento dos outros dois poderes, de forma que estes últimos possam ser levados à patamares tão controladores da atividade legislativa que acabem por usurpá-la por vias indiretas.

Entretanto, imprescindível de se fazer notar que não se pretende defender aqui, diferente do que foi objeto de análise por Monteiro (2016), a adoção do trancamento de pautas de forma genérica para todas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão. Pelo contrário, defende-se a análise da possibilidade (ou não) da adoção de tal efeito estritamente nas decisões que insurjam contra lacunas na edição de normas penais que tutelem grupos minoritários.

Trata-se, conforme já abordado através de diversos argumentos, de uma hipótese excepcionalíssima, na qual a defesa da própria ordem constitucional e dos direitos fundamentais

dela decorrentes coloca em choque outros princípios e postulados que também dela são corolários. Situações como estas, em que há conflito de valores e princípios, requerem profunda ponderação e adoção de medidas necessárias para melhor concretizar cada um destes.

Imprescindível endurecer o argumento, por óbvio, sobre o fato de que a adoção de um eventual mecanismo com o efeito supracitado em tais situações deve ser objeto de muita discussão doutrinária e de imposição de duros limites, de modo a evitar que conduza a verdadeiras arbitrariedades.

Neste ponto, portanto, devem ser fomentadas recorrentes discussões acerca dos limites que devem ser impingidos, de forma a conformar e restringir os poderes decisórios, mas também sem esvaziar o provimento de seu propósito de dar efetividade aos preceitos constitucionais fundamentais. Ademais, além das problemáticas trazidas à tona, cumpre aos intérpretes se debruçar, também, sobre a seguinte questão levantada por Monteiro (2016, p. 215):

(...) No caso de trancamento de pauta derivado de ordem do Supremo Tribunal Federal, o que fazer se o projeto de lei for rejeitado? A pauta continuaria trancada? Em caso positivo, ficaria trancada até quando? Até o advento de um novo projeto de lei? E se esse projeto não fosse enviado? A pauta seguiria obstruída indefinidamente? Com efeito, nenhum dos defensores dessa corrente explica de modo satisfatório como escapar à armadilha da eventual paralisação total de um dos poderes da República em virtude de uma única decisão judicial. De um mero “trancamento da pauta”, rapidamente se chegaria à virtual paralisação do Congresso Nacional, providência típica de ditaduras, não de democracias.

Assim, embora a obstrução das pautas aparente ser uma solução eficaz e que deva ser perseguida pela ciência jurídica e constitucional nos debates acerca do tema, cumpre determinar contornos claros para tal utilização. Se a suspensão da agenda se desse de forma definitiva, enquanto não suprida a lacuna declarada inconstitucional, a atividade legislativa poderia ser esvaziada, trazendo grandes (e talvez maiores) danos ao Estado Democrático de Direito.

Inobstante, cumpre considerar também que, por outro lado, analisando o problema sob a ótica política, seria improvável que os legisladores, pressionados por seus eleitorados e pelo próprio jogo de poder, se negassem em editar a lei faltante deixando a pauta transcorrer por muito suspensa. Os limites temporais devem, assim, ser discutidos para não deixar os poderes jurisdicionais serem exercidos de forma ilimitada nesta situação, posto que qualquer exercício de prerrogativas estatais de forma inconformada deve ser combatido nos Estados Contemporâneos.

Conforme retro defendido, a Corte exerce suas funções contramajoritárias e iluministas com base na Constituição, retirando desta a sua legitimidade. Logo, o ativismo e o excesso existem quando do exercício destas atividades sem o respaldo constitucional. O Ministro Celso de Mello, relator da supracitada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão de número 26, a qual tratava da criminalização da homofobia, em seu julgamento, posicionou-se neste mesmo sentido, emanando que (BRASIL, 2019):

**É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição,** pois esta Corte Suprema não tolera a prepotência dos governantes, não admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos poderes. Esta Corte Suprema não se curva a pressões de grupos sociais majoritários que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis e isso significa portanto reconhecer que a prática da jurisdição constitucional quando provocadas por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pelo preconceito, pela discriminação, e pelo abuso não pode ser considerado, ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam, um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais poderes da República. O STF, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar com este gesto o respeito incondicional que os juízes deste tribunal pela atualidade da lei fundamental da República (grifo nosso).

Portanto, nesta mesma exegese, cumpre a uma Emenda e até mesmo a uma lei que venha complementar a primeira a estruturação do proposto mecanismo, de modo a tornar mais claros seus limites, conformando-o sob a ótica da ordem constitucional.

É inconcebível, conforme evidenciado, deixar os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais à margem de serem erodidos por práticas discriminatórias e atentatórias de grupos majoritários. Através da instituição de um instrumento judicial capaz de gerar provimentos eficazes e úteis, mas ao mesmo tempo regulado e conformado pela lei e pela Constituição, torna-se possível garantir cada vez mais a tão aclamada força normativa da Carta superior.

## CONCLUSÃO

Primordial destacar inicialmente, a título conclusivo, a importância e relevância assumida historicamente pelo Supremo Tribunal Federal desde os seus primórdios, considerando estes seja na Constituição do Império, seja na primeira da República, até o momento atual, em que esta Suprema Corte se mostra fundamental para a preservação da força normativa dos princípios e mandamentos constitucionais.

Em que pese trazidas à tona sólidas opiniões no sentido de que mencionado Tribunal reúne também problemáticas que devem (urgentemente) ser resolvidas, tais quais sua vasta (e cada vez maior) competência como corte recursal e também constitucional, bem como a polêmica forma de investidura de ministros, tais apontamentos não reduzem o fato de que o Supremo tem se destacado como instituição importantíssima para a preservação das égides do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por óbvio, cumpre à Ciência Jurídica e Constitucional, bem como aos aplicadores práticos do direito, se debruçar cada vez mais sobre a estrutura da Corte, de modo a repensar os pontos que podem ser enxugados e readequados em sua competência, assim como para discorrer sobre formas mais ideais e eficazes democrática e juridicamente para o provimento de seus ministros.

Essas problemáticas apontadas não devem (nunca) servir para embasar argumentos contrários às atuações do Supremo em prol da concretização da Constituição e da preservação do Estado Democrático, mas, pelo contrário, devem ser enfrentadas como críticas construtivas que, solucionadas, podem dar guarida a grandes melhorias no sistema jurídico e constitucional brasileiro.

Nesta guinada, importante retomar o debate de que, com o neoconstitucionalismo, os sistemas jurídicos contemporâneos buscaram refinar suas ordens internas, conduzindo ao reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais e humanos, o que culminou no fortalecimento da jurisdição constitucional e dos mecanismos de controle da constitucionalidade. Neste cenário mundano atual, o Supremo Tribunal Federal foi o órgão brasileiro responsável, sendo considerado guardião da Constituição pela Carta de 1988, por tomar a responsabilidade de levar o ordenamento nacional à essa tendência importante e atual.

A democracia, neste novo cenário, assume uma nova e essencial feição, submetida também à Carta Suprema, que a fez compreender também a tutela das minorias políticas e dos direitos constitucionais. O que alguns autores apontam como conflito entre Constitucionalismo

e Democracia, consiste, na verdade, em uma evolução dos próprios valores democráticos, rumo à proteção do pluralismo, das minorias e de regras políticas e jurídicas mínimas ao jogo de poder.

Considerando estes fatos, neste novo cenário, o Supremo desempenha certas funções importantes que lhe são particulares, destrinchadas por Luís Roberto Barroso (2018). A primeira consiste na representativa, consubstanciada no fato de que, muitas vezes, os próprios órgãos representativos (Legislativo e Executivo) falham em suas tarefas de solidificar direitos pretendidos pelas maiorias que os elegeram, e estas se socorrem do Judiciário (especialmente do STF) para obter as soluções jurídicas necessárias.

A segunda, por outro lado, mais polêmica, implica em atividades contramajoritárias. Considerando que a democracia e constitucionalismo assumem no período contemporâneo uma relação harmoniosa de mútua dependência e que o Supremo é o órgão mais importante para a jurisdição constitucional brasileira, este muitas vezes restringe o interesse de maiorias em detrimento de valores e princípios constitucionais, muitas vezes em prol da proteção de grupos minoritários.

Embora muito debatida, a função contramajoritária do Supremo reveste-se de muita relevância e ínsita importância para a atual conjuntura jurídica, política e constitucional. Isto porque viabiliza o sobrepujamento de atos e omissões dos Poderes constituídos à concretude dos mandamentos constitucionais. Mais a fundo, as polêmicas aqui residem no fato de que os Ministros do Supremo não são legitimados democraticamente para proferir decisões que restringem a democracia. Contudo, consoante ao que foi demarcado, a Democracia contemporânea prescinde da observância e respeito da ordem Constitucional, fato este que deve ser considerado pelos intérpretes e cientistas jurídicos. Em que pese não legitimados pela opinião pública e por maiorias eleitorais, os Ministros são legitimados pelo texto da Constituição, o que justamente possibilita que estes possam insurgir contra interesses majoritários inconstitucionais e muitas vezes até mesmo antidemocráticos (posto que desrespeitosos ao pluralismo político).

Logo, neste ponto, importante concluir que o Supremo, como instituição importante para o Estado Democrático de Direito e para a concretização da Constituição Federal, atua de forma legítima constitucionalmente ao sobrepujar atos e omissões dos demais poderes em prol de direitos e princípios magnos. O que a Ciência Jurídica e Constitucional pode fazer, neste ponto, reconhecendo essa importância, é refinar as formas de atuação, traçando limites mais claros e tentando garantir cada vez mais legitimidade ao órgão.

Concernente à terceira (e última) função debatida, a iluminista, o Supremo assumiu também para si o árduo objetivo de, quando os demais Poderes se mantêm por demasiadamente conservadores e omissos em dar guarida à verdadeiros progressos sociais, “empurrar a sociedade” para o futuro com base em princípios e valores expressos no texto magno.

Inobstante, para além do recorrido, o problema objeto da exposição foi mais a fundo em todo este contexto apresentado, dizendo respeito a omissões inconstitucionais no que tange à edição de normas penais que tutelam grupos minoritários.

A doutrina encontra consenso no fato de que o Judiciário pode enfrentar as omissões inconstitucionais dos demais poderes, posto que a própria Constituição o autoriza. Entretanto, os contornos dos provimentos a serem adotados não foram delimitados de forma clara, gerando as primeiras controvérsias a respeito do assunto.

Mesmo com as disposições legislativas regulamentadoras da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, por exemplo, os efeitos das decisões que reconhecem as lacunas inconstitucionais permanecem controversos. Isto porque, caso fosse possível ao Judiciário colmatar as omissões, haveria nítida usurpação de funções, ou seja, existiria infração ao princípio da Tripartição dos Poderes.

Por outro lado, caso o Judiciário pudesse emanar decisão no sentido de apenas “declarar” a lacuna, desprovido de qualquer medida sancionatória, isto conduziria a um provimento jurisdicional inútil. Na prática, embora controverso, o Supremo tem encontrado meios para garantir a efetividade de seus julgados nesta matéria, mas a polêmica ainda persiste.

Entretanto, a discussão se intensifica quando essas omissões são legislativas e caracterizam-se pela ausência de normas penais que deveriam ser editadas devido a mandamentos constitucionais de criminalização.

Isto porque, mais estritamente aqui, o princípio da Legalidade, também reconhecido pelo fundamentalíssimo artigo 5º da Constituição, visa restringir a criação de crimes e a cominação de penas somente à atos emanados pelo Poder Legislativo. Assim, caso fosse dado ao Judiciário decidir com efetividade, preenchendo a brecha no sistema, restariam infringidos tanto a Tripartição de Poderes, quanto o princípio da Legalidade (mais especificamente da reserva legal).

Por outro lado, entretanto, considerando que o Poder Legislativo é composto por maiorias eleitorais, com interesses diametralmente opostos ao dos grupos minoritários, somente o Judiciário poderia ser a salvação destas camadas sociais e políticas quando tivessem seus direitos fundamentais violados sem a concretização do mandamento de criminalização do artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, nestes casos, somente o

Supremo (mais especificamente) poderia evitar a erosão da Constituição e suprimir a brecha passível de dar guarida a novas atrocidades humanitárias.

Havendo, portanto, um nítido confronto de princípios constitucionais, as regras da ponderação devem ser observadas para encontrar uma solução plausível. Nesta situação, torna-se imprescindível defender a atuação do Judiciário, de modo a evitar um enfraquecimento perigosíssimo dos direitos fundamentais. Contudo, para melhor observar o outro lado da questão, pode-se defender a estruturação de novos mecanismos jurídicos, com limites bem definidos em lei, que possam possibilitar essa guinada do Supremo, mas ao mesmo tempo evitar que o exercício de poder tão demasiado conduza a verdadeira ditadura judiciária.

Recorrendo-se a analogias sistêmicas, corroboradas em trabalhos científicos de outros intérpretes (MONTEIRO, 2016), nota-se como interessante solução a adoção do efeito de trancamento de pautas, aplicável no ordenamento para as Medidas Provisórias e Leis em regime de urgência. Por este, a Corte Suprema poderia declarar a inconstitucionalidade da omissão, determinando (formalmente) a necessidade de sua colmatação, de modo que o Legislativo devesse decidir (materialmente) como preenchê-la em prazo razoável, sob pena de supressão de suas pautas.

Embora interessante a solução, abre-se brecha para mais estudos sobre o tema, posto que não é desprovido de outras problemáticas, dentre as quais se inserem: o que fazer caso o Legislativo não aja mesmo submetido a este efeito? Por quanto tempo as pautas devem permanecer trancadas? Quais pautas trancar e quais não, para evitar um caos na ordem nacional?

Ante a todo o exposto, torna-se possível concluir que o Supremo deve (e pode) agir em prol da concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, posto que assumiu históricas e importantes funções intrinsecamente relacionadas ao neoconstitucionalismo e a superação das barbáries fascistas. Entretanto, nesta específica situação da inconstitucionalidade omissiva na edição de normas penais, embora se conclua pela necessidade de atuação desta Corte, deve (de fato) haver a instituição de mecanismos jurídicos mais detalhados e com conformações claras, para não conduzir a severas arbitrariedades.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Legitimidade judicial e o argumento das partes. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 404-419.

ALMEIDA, Fábio Portela L. **Criminalização da homofobia**: riscos para a Democracia Constitucional. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criminalizacao-da-homofobia-riscos-para-a-democracia-constitucional-24062019>. Acesso em: 09 set. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 81-107.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Novos Estudos - CEBRAP.

BARCELLOS, Ana Paula de. STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 259-279.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navegandi, Teresina, v. 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 09 set. 2019.

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

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 9, n. 4, p.2171-2228, out. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1504 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requeridos: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 10 set. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Democraticidade ou juridicidade? Reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 197-223.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Criminalização da homofobia: decisão do STF preserva legalidade e anterioridade penal**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/criminalizacao-da-homofobia-decisao-do-stf-preserva-legalidade-e-anterioridade-penal-11062019>. Acesso em: 09 set. 2019.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. 983 p.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

INGLATERRA, Magna Carta (1215). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 09 set. 2020.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação: a frustração popular e os riscos para a democracia**. Rio de Janeiro: LeYa, 2017. 303 p.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1632 p.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 set. 2019.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 520-547.

MONTEIRO, Arthur Maximus. O trancamento de pauta com alternativa para a inefetividade da ADIN por Omissão. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 14, n. 9, p. 203-218, jan. 2016. Anual. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/535>. Acesso em: 07 set. 2020.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal. **São**

**Paulo**, 2018. Disponível em:

[https://www.academia.edu/download/39370922/das\\_omissoes\\_legislativas\\_-\\_phelippe.pdf](https://www.academia.edu/download/39370922/das_omissoes_legislativas_-_phelippe.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

ORWELL, George. 1984. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 384-403.

TORRES, Saulo de Medeiros. Considerações gerais sobre a sistemática de nomeação dos ministros do STF. In: Felipe Dutra Asensi, Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, Luiz Antônio Reis Júnior, Rodrigo Grazinoli Garrido. (Org.). **Interfaces entre Instituições e Estado**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019, p. 581-595.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. Lua Nova [online]. 1997, n.42, pp.53-97. ISSN 0102-6445. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-644519970003000003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644519970003000003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 07 set. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 441-463, jul. 2008. Quadrimestral. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 07 set. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 11-24.