



YASMIM VILAS BOAS DE ARAÚJO

**ENTRE DWORKIN E WALDRON: O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL A PARTIR DE UMA
ANÁLISE DO CARÁTER (ANTI)DEMOCRÁTICO DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

**LAVRAS - MG
2023**

YASMIM VILAS BOAS DE ARAÚJO

**ENTRE DWORKIN E WALDRON: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
NO BRASIL A PARTIR DE UMA ANÁLISE DO CARÁTER (ANTI)DEMOCRÁTICO DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof^ª. Dr^ª. Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz.

Orientadora

LAVRAS - MG

2023

**Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Geração de Ficha Catalográfica da Biblioteca
Universitária da UFLA, com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).**

de Araújo, Yasmim Vilas Boas.

ENTRE DWORKIN E WALDRON: o controle de
constitucionalidade no Brasil a partir de uma análise do caráter
(anti)democrático da ação direta de inconstitucionalidade por
omissão nº 26 / Yasmim Vilas Boas de Araújo. - 2023.

50 p.

Orientador(a): Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz.

TCC (graduação) - Universidade Federal de Lavras, 2023.
Bibliografia.

1. Ronald Dworkin Jeremy Waldron. 2. Controle de
Constitucionalidade. 3. Legitimidade democrática.

YASMIM VILAS BOAS DE ARAÚJO

ENTRE DWORKIN E WALDRON: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL A PARTIR DE UMA ANÁLISE DO CARÁTER (ANTI)DEMOCRÁTICO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

BETWEEN DWORKIN AND WALDRON: THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN BRAZIL FROM AN ANALYSIS OF THE (ANTI) DEMOCRATIC CHARACTER OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION Nº 26

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito para a obtenção de título de Bacharel.

Data de apresentação: 28/02/2023

Prof^a. Dra. Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa

Dr. João Victor Nascimento Martins

Prof^a. Dr^a. Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz.

Orientadora

**LAVRAS - MG
2023**

AGRADECIMENTOS

Agradecer não costuma ser tão usual na realidade cotidiana de cada um de nós. São nos momentos marcantes em que paramos para refletir sobre todas as coisas que nos trouxeram até eles. Sendo assim, gostaria de agradecer, em primeiro lugar, a meus pais, Isabel e Sandro, os quais nunca mediram esforços para que eu pudesse me tornar a pessoa que sou hoje e ter confiança suficiente em trilhar meus caminhos da forma que mais me fizesse feliz. Se não fosse todo o empenho, as concessões feitas e o amor me dado teria tido um destino distinto. Sou um reflexo de vocês.

Gostaria de agradecer também aos meus irmãos, Gustavo e Isabele, que me acompanharam em todos os meus passos e foram meus melhores amigos durante essa caminhada, fazendo com que eu persistisse e traduzindo todo o seu carinho em preocupação e cuidado. Sem importar a distância, seremos sempre três; um pelo outro. Amo vocês.

De mais a mais, agradecer à minha cunhada, Thamires, por me auxiliar a lidar com os percalços da vida e da própria graduação.

Ainda, agradecer toda minha família, principalmente à minha avó e às minhas tias, por todo o apoio ofertado durante o tempo da graduação e até mesmo antes disso, inclusive citando, *in memoriam*, meu padrinho Severiano e minha vó Oralina.

Além disso, agradecer meu companheiro de vida, Renan, que um dos encontros da faculdade me proporcionou. Como diria Drummond, você foi meu ganho não previsto e meu prêmio subterrâneo e coruscante. Ter você ao meu lado durante esses anos fez com que minha vida ficasse mais leve e com que eu aprendesse a compartilhar. Sem seu amor e seu afago tudo teria sido muito mais árduo.

Gostaria de agradecer aos meus sogros e à minha cunhada por todos os conselhos e pela segunda casa que me deram durante todo esse tempo.

Em tempo, de agradecer a todos meus amigos, aqueles de toda vida, Ana, Eduarda e Júlia e aqueles que a graduação me agraciou com a possibilidade de conhecer e manter do meu lado, Arthur, Clara, Juliana e Thyfane. Vocês foram essenciais para deixar meu cotidiano mais leve, até mesmo nas grandes tempestades. Paraphraseando Caio Fernando de Abreu, não devemos nos perder, somos tão poucos; cuidem bem de vocês, não sofram sem necessidade.

Para mais, agradecer à minha orientadora, Letícia. Estar do seu lado desde o segundo semestre me abriu os olhos e me fez compreender o mundo de uma maneira distinta. Com você e Leo, aprendi a ter amor pela academia e encontrar um lugar para mim.

Enfim, agradecer ao Juizado Especial, local em que pude conviver com as mais diversas pessoas e que descobri que a prática jurídica, apesar de suas angústias, pode ser apaixonante. Gostaria de citar, especialmente, Dr. Sérgio, Márcia, Lucas, Monalisa, Tatiana, Fabiana, por me ensinarem as lições mais importantes do Direito e da própria vida. Ainda, agradecer a todos os estagiários que deixaram minhas tardes mais leves, em especial Gabriela, Igor, Isabela, Lucas, Marcelo, Sarah, Vitória e Thalita.

RESUMO

O controle de constitucionalidade é figura controversa desde o início dos debates acerca da teoria constitucional. No cenário hodierno, não seria diferente, posto que as discussões acerca da guarda da constituição transitam entre o superego do Poder Judiciário e a legitimidade democrática de tal exercício. Sendo assim, verifica-se a necessidade de traduzir o dissenso em questão para a realidade prática brasileira. Para isso a teoria de dois autores figurará como eixo principal deste artigo – Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Nesse sentido, a compreensão acerca do conceito de legitimidade democrática elaborada por ambos os teóricos servirá de parâmetro para averiguar se o Supremo Tribunal Federal profere decisões coerentes quanto às noções delineadas por eles. Assim, utilizar-se-á, como objeto jurisprudencial nuclear, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a qual culminou na criminalização da homofobia por intermédio de interpretação extensiva da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89). Após a compreensão do objeto de controle concentrado de constitucionalidade, tal como dos argumentos utilizados pelos ministros no mérito da decisão, o artigo acadêmico se debruçará, mediante um exercício imaginativo, sobre as hipóteses acerca da leitura que seria realizada pelos filósofos do direito quanto ao escrutínio das fundamentações e conclusões elaboradas pela Corte Constitucional brasileira. Na conclusão, tratará das hipóteses de aplicação das teorias de Dworkin e Waldron, chegando à quatro possíveis desfechos.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Democracia. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

ABSTRACT

Judicial review has been a controversial figure since the beginning of debates about constitutional theory. In today's scenario, it would not be different since discussions about the custody of the constitution transit between the superego of the Judiciary and the democratic legitimacy of such an exercise. Therefore, there is a need to translate the dissent in question into the Brazilian practical reality. For this, the theory of two authors will appear as the main axis of this article – Ronald Dworkin and Jeremy Waldron. In this sense, the understanding of the concept of democratic legitimacy elaborated by both theorists will serve as a parameter to verify whether the Federal Supreme Court issues coherent decisions regarding the notions outlined by them. Thus, it will be used, as a core jurisprudential object, the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n° 26, which culminated in the criminalization of homophobia through an extensive interpretation of the Racism Law (Law n° 7.716/89). After understanding the object of concentrated constitutionality control, as well as the arguments used by ministers on the merits of the decision, the academic article will focus, through an imaginative exercise, on the hypotheses about the reading that would be carried out by legal philosophers regarding the scrutiny of the grounds and conclusions drawn up by the Brazilian Constitutional Court. In conclusion, it will deal with the hypotheses of applying the theories of Dworkin and Waldron, reaching four possible outcomes.

Keywords: Constitutional Review. Democracy. Ronald Dworkin. Jeremy Waldron. Direct Action of Unconstitutionality by Omission n° 26.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito de um sistema democrático constitucional, a noção de compatibilidade da produção de leis e atos normativos conforme os mandamentos positivados na Carta Magna decorre, diretamente, de sua superioridade hierárquica. Isto posto, traduz-se a noção de que esta é, fundamentalmente, o parâmetro de validade das demais leis. Por conseguinte, nasce dessa manifestação a figura do controle de constitucionalidade, ou seja, a verificação da compatibilidade entre as leis e atos normativos e a constituição em vigor.

Entretanto, este fenômeno não provém necessariamente de uma atividade positiva dos tribunais superiores, tampouco, incube a guarda da constituição unicamente a estes. Nesse sentido, alguns arranjos institucionais são cabíveis para a organização do sistema de controle de constitucionalidade, sendo viável sua efetivação por meio de órgãos políticos, representado pelo Poder Legislativo, ou por intermédio de órgãos judiciais, mediante o Poder Judiciário. Essa definição resta vislumbrada justamente pela atividade do Poder Constituinte, afinal, as atribuições do controle são construídas na origem da Constituição.

Todavia, o exercício do controle nem sempre é praticado apenas de uma maneira, a exemplo da Constituição de 1988, que, de forma indireta, viabiliza a manifestação dos dois tipos de controle, seja político ou judicial. Para mais, é a partir da contraposição dessas concepções que, em uma democracia, torna-se evidente a problemática quanto à legitimidade de cada um dos órgãos, pois, do ponto de vista institucional, o controle judicial é desempenhado por membros não eleitos, sendo suas indicações realizadas de maneira indireta; ademais, as deliberações sobre a inconstitucionalidade ocorrem sem influência externa. Por sua vez, o controle político é efetuado através de membros eleitos, bem como exige maiorias qualificadas, viabilizando um debate público acerca da (in)constitucionalidade da norma.

Nesse viés, do choque entre o constitucionalismo e democracia surgem teorias aptas a determinar a quem pertence a legitimidade supramencionada. Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são teóricos que trabalham com tais questões. O primeiro destes, acostumado à realidade norte-americana, trabalha com os conceitos de democracia e igualdade de forma bastante distinta daquela entendida pelo segundo, o qual vivencia a realidade da Nova Zelândia. Essas diferenças de influência e compreensão da realidade jurídica, política e social servem de amparo à pesquisa aqui realizada justamente com o intuito de abranger a temática do controle de constitucionalidade a partir de pontos de vista antagônicos.

Enquanto para Dworkin as controvérsias constitucionais devem ser decididas pela instituição que possa propiciar a melhor interpretação do direito, para Waldron, a democracia é estritamente vinculada ao direito de participação, razão pela qual o controle de constitucionalidade deve pertencer ao Legislativo.

Em virtude dessas noções, a fim de estabelecer um liame entre a teoria e a prática, o presente trabalho optou por promover uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, vez que esta reflete justamente a tensão entre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em hipóteses nas quais a função regulamentadora incumbia ao Legislativo.

Isso será feito, em razão da justificativa e dos objetivos propostos, por meio de uma pesquisa de cunho jurídico-interpretativo, na qual “utiliza-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 85). Outrossim, irá ser construído através de um raciocínio dialético, haja vista que seu objeto irá ser delineado mediante a contraposição de teorias diametralmente opostas, por meio de uma análise crítica da realidade prática.

Por fim, possuirá um caráter qualitativo, dado que objetiva viabilizar uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações (IGREJA, 2017, p. 14).

Com isso, o artigo será organizado da seguinte maneira. Em primeiro lugar, descreverá, em aspectos gerais, as teorias de Dworkin e Waldron no tocante ao conceito de democracia e ao controle de constitucionalidade. Posteriormente, tratará da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de forma descritiva, como objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse tópico, ainda, especificará o cerne da ADO nº 26, destacando os principais pontos dos argumentos utilizados pelos ministros no julgamento do mérito da ação. Após, estabelecerá um possível elo, mediante um exercício imaginativo, entre as interpretações sobre o direito e democracia definidas pelos teóricos aqui trabalhados e a fundamentação determinada pelos juristas brasileiros no desenlace da questão constitucional que versa sobre a criminalização da homofobia.

Para tanto, inicialmente, trabalhará com três hipóteses centrais: (1) a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal respeita o ideal democrático elaborado por Ronald Dworkin, porém vai de encontro àquele definido por Jeremy Waldron; (2) a decisão definida pelo Supremo Tribunal Federal é contrária ao ideal democrático constituído tanto por Ronald

Dworkin, quanto por Jeremy Waldron; (3) a conclusão acordada pela Corte Constitucional brasileira é coerente com o ideal democrático constituído por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, a partir da consolidação da proteção dos direitos fundamentais que envolvem as minorias em situação de preconceito evidente.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DE WALDRON E DWORKIN

Em apertada síntese, o controle de constitucionalidade consiste na declaração de invalidade e na paralisação da eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2015), funcionando como um mecanismo de adequação no âmbito formal. Nesse viés, a definição do agente que irá exercer o controle em tela perpassa por duas frentes principais, quais sejam a *judicial* e a política. Sobre isso, tem-se que “a enorme variação institucional em relação a que órgãos podem exercer o controle, e em que momento, é o fator mais ilustrativo de que se trata de decisão baseada em considerações de conveniência e oportunidade, não de decorrência supostamente lógica da rigidez e supremacia constitucional” (SILVA, 2021, p. 564).

Acerca do instrumento em questão, a origem prática do controle de constitucionalidade judicial remonta à discussão do caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1803, decidiu pela aplicação da “supremacia da constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes e negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma” (CAPPELLETTI, p. 47, 1992). Na decisão do precedente em comento, tornou-se patente a necessidade de uma escolha entre as constituições rígidas e flexíveis, de modo que as soluções foram enunciadas com insuperável clareza (CAPPELLETTI, 1992), optando-se, portanto, pela definição de um texto constitucional rígido, como superior e não mutável pelos atos legislativos sem competência para tanto. Nesse ínterim, sob o argumento de John Marshall, juiz da Corte à época, houve a difusão da hipótese de que a constituição é superiormente hierárquica e deve preponderar sobre as leis ordinárias, de modo que o texto contrário àquele definido pela Carta Magna não deve prosperar em um ordenamento jurídico submetido a ela¹. Para mais, consolidou-se a tese de que a lei que viole

¹ Segundo Ackerman, um novo equilíbrio institucional surgiu desse conflito entre republicanos e federalistas, o presidencialismo e os partidos ganharam um grande poder que os *founding fathers* não haviam imaginado, e a independência judicial da Suprema Corte, em relação aos outros poderes, conseguiu sobreviver e assentar as bases para reivindicar poder no futuro. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo das circunstâncias turbulentas em que a decisão foi tomada, *Marbury v. Madison* adquiriu maior dimensão e passou a ser exaltada universalmente como o precedente que

a constituição deve ser considerada nula, tal como de que competiria aos juízes aferir a compatibilidade entre a legislação e à constituição; nesse sentido, sendo função fundamental do Poder Judiciário promover a interpretação da lei, ainda que a constituição não houvesse determinado a autoridade judicial como detentora do controle de constitucionalidade, cumpriria àquele exercer tal função, principalmente tendo-se em vista a independência do Judiciário quando comparado aos poderes Legislativo e Executivo.

Insta salientar que as bases teóricas que norteiam a figura do controle de constitucionalidade judicial foram identificadas em momentos anteriores, a partir da obra *Os Federalistas* (1787), mais especificamente através da leitura dos ensaios de Hamilton e Madison, já que, para os autores, a noção de um Judiciário independente, pela natureza de suas ações, faz com que este se torne o poder mais apto a resguardar os direitos políticos da constituição. De tal modo, sendo a Constituição a lei fundamental, caberia aos juízes efetuar a interpretação de outras leis a partir de suas disposições normativas².

Ademais, a perspectiva de um judiciário independente, nos escritos em questão, apresentava-se como necessária à proteção dos direitos individuais no que diz respeito à influência de conjunturas particulares, as quais podem gerar perigosas inovações governamentais e graves opressões das minorias (HAMILTON, 2003), preservando-se, assim, a forma e estabilidade da constituição. Por decorrência lógica, tendo como pano de fundo essas considerações, a atuação judicial corroboraria de maneira direta “como uma espécie de imparcialidade e desinteresse no raciocínio jurídico no exercício do julgamento” (BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 1 *apud* PAULINO, 2016, p. 24), além de exercer um papel essencial na política de freios e contrapesos, delineada por Montesquieu em épocas ainda mais remotas.

Imbuído dessa estrutura, a noção do *judicial review* encontra-se respaldada no momento contemporâneo pela teoria do filósofo do direito Ronald Dworkin. Para o autor, o

inaugurou o controle judicial de constitucionalidade no constitucionalismo moderno (2006, p. 10 *apud* BARROSO, 2011, p. 32).

² Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar [...] que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem. [...] De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. (HAMILTON, 2003, p. 480-481)

exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário funciona como um fórum de princípios. Nesse viés, a atuação se afasta de uma noção antidemocrática, no que diz respeito às questões sensíveis à escolha, haja vista que proporciona uma conjuntura política na qual há uma proteção especial às liberdades - sobretudo, a de expressão. Além disso, promove a possibilidade de discussão por parte dos cidadãos, culminando em um incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum (DWORKIN, 2002). Em suma, a revisão judicial funcionaria como ato de salvaguarda das garantias fundamentais, com um propósito contramajoritário.

Em sentido diametralmente oposto, a teoria de Jeremy Waldron, afasta-se da noção preconizada por Dworkin. Para ele, uma teoria adequada da justiça não pode ser pautada a partir de uma concepção do reconhecimento de certas prerrogativas constitucionais, por órgãos “contramajoritários”, como trunfos sobre as formas majoritárias de tomada de decisão (WALDRON, 2006). Segue-se disso a existência de desvalorização ao que toca o caráter democrático da sociedade.

Assim, como forma de reparar tais colocações, apenas a possibilidade de debate pelos cidadãos, vista a partir de um certo desacordo razoável, seria suficientemente apta a produzir melhores conclusões quando comparadas àquelas tomadas por um grupo de juízes não eleitos. Seria este um procedimento legítimo de tomada de decisão, posto que reconheceria todos os cidadãos em igual medida³.

Contudo, seria necessária uma complementação da teoria dos direitos através de uma teoria da autoridade. Essa última seria definida por intermédio de um procedimento formal, traduzido pelas eleições e consequentes relações estabelecidas entre a sociedade e seus representantes. Logo, a solução dessas controvérsias ocorreria mediante a deliberação no processo legislativo. Insta salientar que a escolha deste processo se sucede do fato de que o Poder Legislativo é o único revestido de recursos de atribuição de igual oportunidade de influência de suas decisões, quando comparado à atuação dos outros poderes políticos.

À guisa de arremate, com o intuito de delinear os argumentos principais da teoria de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, nos debruçaremos sobre suas vertentes teóricas, a fim de

³ “Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos (da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas). Em decorrência disso, isto é, em face da existência de um amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão sobre a questão ‘quem deve decidir sobre esses direitos?’ deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não ocorre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária.” (SILVA, 2009, p. 204)

averiguar as similaridades existentes entre os modelos e a conjuntura contemporânea brasileira.

2.1 Ronald Dworkin e o *Judicial Review*

A teoria de Ronald Dworkin é bastante densa, possuindo inúmeros conceitos que se entrelaçam estruturalmente, sendo que não é possível compreender o pensamento do autor sem considerar algumas premissas fundamentais. Nessa seara, o fórum de princípios merece atenção como uma lógica central.

Emerge disso o entendimento de que o tribunal constitucional é competente para tomar decisões de princípio, mas não de política⁴. Cumpre, aqui, evidenciar a distinção entre os dois conceitos. Para Dworkin os princípios se relacionam com o direito, em uma ideia de objetivo político individualizado; já a política é atinente a uma meta, isto é, um fim com um objetivo político não individualizado e da comunidade como um todo. Dworkin compreende que:

(...) um objetivo político como uma justificação política genérica. Uma teoria política considera um determinado estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, ele conta a favor de uma decisão política que ela tem a probabilidade de promover ou proteger tal estado de coisas, e conta contra esta decisão que ela irá retardar sua ocorrência ou colocá-lo em perigo. Um direito político é um objetivo político individualizado. Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se conta a favor de uma decisão política que a decisão provavelmente promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e conta contra a decisão que ela retardará ou colocará em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. Uma meta [*goal*] é um objetivo político não-individualizado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão e nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados (1985, pp. 142-144).

Ou seja, em sua visão, fundada no direito como integridade, cabe ao tribunal constitucional decidir acerca do direito moral do indivíduo (aliás, do indivíduo como um sujeito moral), sob a égide do sistema constitucional, posto que o direito não pode servir de instrumento a decisões que atendam apenas ao bem-estar coletivo, visando um fim comum. Por isso, as questões sensíveis à escolha devem ficar a cargo das decisões de política, já que são aquelas cuja solução correta, por questão de justiça, dependem especialmente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política. Por sua vez, as questões

⁴ Segundo Dworkin (1985, p. 84): “[...] um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor”.

insensíveis à escolha não dependem da aprovação da maioria pois buscam satisfazer uma política igualitária, ou seja, viabilizar a equidade e, ao mesmo tempo, preservar a individualidade e as reivindicações da minoria. Estas ficam sob o múnus do Judiciário, pois dependem do argumento ou princípio que as fundamentam (DWORKIN, 1996, p. 204).

Nesse diapasão, para o autor, as cláusulas da constituição devem ser interpretadas a partir da leitura moral, isto é, analisando os princípios morais abstratos dispostos pela norma. Assim, o papel exercido pelos magistrados possui uma atribuição basilar. Sobre isso, é imperioso trazer à baila a noção do romance em cadeia, segundo a qual:

Os juízes não podem utilizar suas próprias convicções para realizar a leitura da Constituição. Eles não podem ler as cláusulas morais abstratas como expressão de qualquer julgamento moral particular, não importa o quanto esse julgamento apele para isso, a menos que o considerem como consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional passada formulada por outros juízes. (DWORKIN, 1996, p. 10) (trad. nossa)⁵

Desse instituto interpretativo emergem duas críticas basilares realizadas pelo filósofo do direito a teorias diametralmente opostas: uma concernente ao *originalismo* e à *premissa majoritária*. A primeira delas pode ser brevemente delineada pela compreensão de que a interpretação da norma deve ocorrer segundo às próprias expectativas e suposições, daqueles que as produziram, acerca da correta aplicação dos princípios morais, não devendo, desse modo, ser interpretadas a partir dos princípios morais abstratos que realmente descrevem (DWORKIN, 1996, p. 13). Para Dworkin, essa concepção interpretativa acabaria por enrijecer a Constituição.

Outrossim, há uma crença de que as leis promulgadas pelo processo democrático, tal como aquelas políticas seguidas por este, devem ser aquelas que a maioria dos cidadãos aprovar. Todavia, segundo Dworkin, essa pressuposição afasta-se da concepção constitucional da democracia, vez que, as decisões coletivas, tomadas por uma maioria de cidadãos, não podem ser consideradas um objetivo definidor da democracia; pelo contrário, é necessário que estas decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas promovam um tratamento igualitário de todos os membros da comunidade, como indivíduos, mediante igual preocupação e respeito (DWORKIN, 1996, p. 17).

⁵ “Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges” (DWORKIN, 1996, p. 10).

É justamente no âmago dessas instituições políticas que o Poder Judiciário se apresenta como órgão contramajoritário. Cumpre ao juiz, em seu papel primordial, a responsabilidade de impregnar as decisões coletivas de uma dimensão argumentativa de tipo superior, qual seja a moralidade imanente aos direitos individuais (HUBNER, 2004). Nesse ínterim, para Dworkin, os juízes, no momento interpretativo da constituição, devem promover uma análise a partir da moralidade política, bem como aplicar adequadamente os princípios, com o fito de exercer um certo tipo de fidelidade à constituição e ao próprio direito, desde que amparada pelos precedentes históricos, pela prática e pela própria integridade⁶.

Com efeito, para o autor, torna-se patente que a leitura moral da constituição não é antidemocrática, pelo contrário, é praticamente indispensável à democracia. Todavia, isso não quer dizer que não há uma configuração democrática a menos que a guarda da constituição seja efetuada pelo Poder Judiciário, de modo que este decida em maneira oposta à lógica majoritária. Longe disso, vários arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive aqueles que se afastam da estrutura norte-americana. A democracia não atribui a última palavra ao Judiciário, porém, ao mesmo tempo, não dispõe que este não deve tê-la (DWORKIN, 1996, p. 34).

Ainda, segundo o filósofo do direito, o *judicial review* não se dissocia do modelo democrático conforme alguns críticos costumam mencionar. Essa noção reside na compreensão daquilo que “a democracia efetivamente é”.

Assim, faz-se necessário que as decisões que considerem os cidadãos em igual medida sejam tomadas a partir de uma lógica distinta do processo majoritário. Apenas nas situações em que a premissa majoritária for a melhor expressão das condições democráticas, devem estas ser aceitas, desde que sejam questões relacionadas à política. No entanto, caso não sejam, “não pode haver objeção, em nome da democracia, para outros procedimentos que melhor as protejam (DWORKIN, 2002, p. 186)⁷, principalmente quando as condições versarem sobre questões sensíveis.

⁶ Sobre isso: “The expectations of politicians who appoint judges are often defeated in that way, because the politicians fail to appreciate how thoroughly the moral reading, which they say they deplore, is actually embedded in constitutional practice. Its role remains hidden when a judge's own convictions support the legislation whose constitutionality is in doubt — when a justice thinks it morally permissible for the majority to criminalize abortion, for example. But the ubiquity of the moral reading becomes evident when some judge's convictions of principle — identified, tested, and perhaps altered by experience and argument — bend in an opposite direction, because then enforcing the Constitution must mean, for that judge, telling the majority that it cannot have what it wants” (DWORKIN, 1996, p. 5).

⁷ Acerca dessa questão: “O majoritarismo puro não garante o autogoverno, a não ser que os cidadãos sintam-se membros morais. A premissa majoritária, sozinha, não assegura essa filiação. Tampouco a

Para isso, Dworkin submete a revisão judicial a um teste de resultado, de maneira que a concepção majoritária de democracia exhibe um *input test*, pelo qual conclui-se que esse sistema representativo propicia, em síntese, uma repartição igualitária do poder acerca das decisões políticas. Por seu turno, a concepção constitucional é vislumbrada mediante um *output test*, que preconiza que a democracia consiste em um conjunto de dispositivos para produzir resultados corretos, isto é, que sejam considerados moralmente corretos por intermédio do uso de argumentos de princípios (DWORKIN, 1985). Em síntese, uma democracia efetiva deve atender às questões de justiça e igualdade por meio de decisões de princípios:

Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. Mas agora estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas. Não é fácil perceber como devemos examinar se e quando os cidadãos individuais perdem, em poder político, se forem atribuídas aos tribunais algumas dessas decisões. Mas parece plausível - seja como for que se meçam perdas de poder político - que alguns cidadãos ganham mais do que perdem. Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. (...) Mas não há nenhuma razão para pensar, em abstrato, que a transferência da decisão sobre direitos das legislaturas para as cortes irá retardar o ideal democrático de igualdade de poder político.⁸ (DWORKIN, 1985 pp. 27-28)

Isto pois, para o autor, a democracia, além de ser caracterizada pelas condições de igualdade de status a todos os cidadãos, implica uma ação coletiva. Nesse diapasão, Dworkin elenca duas formas desse tipo de ação, quais sejam: a comunal e a estatística. A ação coletiva estatística diz respeito às atitudes tomadas individualmente, isto é, na qual os membros de um grupo agem institivamente por conta própria, sem a percepção de fazer parte ou fazer algo como um grupo. Assim, ao final, essas ações independentes são somadas e levadas à cabo como coletiva.

revisão judicial pode promê-lo. O que garante a filiação moral é o conteúdo da decisão, seja lá onde ela for tomada, seja qual for o procedimento. O ponto importante para Dworkin: a premissa majoritária simplesmente orienta um procedimento, um método de tomada de decisões. Por si só, não garante filiação moral. Esta é conquistada por meio da decisão correta. Se for conseguida por meio de um mecanismo não majoritário, como a revisão judicial, não há problema” (HUBNER, 2008, p. 57).

⁸ No original: “If all political power were transferred to judges, democracy and equality of political power would be destroyed. But we are now considering only a small and special class of political decisions. It is not easy to see how we are to test whether and how much individual citizens lose, in political power, of courts are assigned some of these decisions. But it seems plausible that – however gains or losses in political power are measured – some citizens gain more than they lose. It is no doubt true, as a very general description, that in a democracy power is in the hands of the people. But it is all too plain that no democracy provides genuine equality of political power. (...) But there is no reason to think, in the abstract, that the transfer of decisions about rights from the legislatures to courts will retard the democratic ideal of equality of political power”.

Por sua vez, a ação coletiva comunal pressupõe, por parte dos integrantes da comunidade, o reconhecimento da existência de um grupo como uma entidade conjunta, ou seja, na qual os indivíduos que a integram agem de maneira global.

A diferença entre ambos os tipos de ação coletiva leva a uma segunda distinção - entre duas leituras acerca da democracia como o governo "pelo povo". A partir de uma leitura estatística, em uma democracia, as decisões políticas são feitas de acordo com os votos ou desejos de uma maioria ou pluralidade formada por cidadãos individuais. Já para a leitura comunal, as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta em substituição à vontade individual de cada um (DWORKIN, 1990, p. 20).

Com isso em mente, a noção de democracia dependerá, diretamente, da abordagem de ação coletiva que será utilizada. Pode-se dizer que, no que diz respeito ao argumento sobre liberdade positiva, este deve ser baseado em uma leitura comunal em detrimento da leitura estatística do governo pelo povo. Isto pois, para a leitura estatística, o controle individual sobre as decisões coletivas que afetam a sua vida é mensurado pelo seu poder em influenciar o resultado. Para a leitura comunal, diferentemente, a liberdade não é uma questão atinente à relação entre o governo e seus cidadãos, um por um, mas sim à relação entre o governo e toda a sociedade entendida coletivamente.

Todavia, além da ótica da liberdade, deve-se observar a questão da democracia, também, através da órbita da igualdade. Nesse sentido, se a igualdade política for compreendida como igualdade no poder político, a análise desse objeto deve compreender não apenas a relação entre os cidadãos, mas entre estes e a autoridade (DWORKIN, 1990, p. 26). Sobre isso:

No entanto, devemos perceber, em primeiro lugar, que qualquer teoria adequada de igualdade política precisa comparar o poder político em duas dimensões: não só horizontalmente, comparando o poder dos diversos cidadãos ou grupos de cidadãos, mas também verticalmente, comparando o poder individual dos cidadãos com o de cada autoridade. Se a democracia é uma questão de igualdade de poder político, é preciso que ambas as dimensões sejam contempladas. A igualdade horizontal do poder não é suficiente para proporcionar algo que reconheçamos como uma democracia genuína. Nas ditaduras totalitárias, todos os cidadãos têm o mesmo poder político: nenhum. Cínicas e fingidas democracias, com apenas um partido político, geralmente são meticulosas ao oferecer a cada cidadão um, e somente um, voto para tal partido. Assim, é preciso que entre em cena a dimensão vertical (DWORKIN, 2002, p. 191).

Para mais, essa compreensão deve abranger duas concepções essenciais: a igualdade de impacto, entendida como a diferença que um indivíduo pode exercer na política simplesmente pelo fato de optar por votar em um ou outro sentido; a igualdade de influência, percebida quando o indivíduo além de efetuar sua escolha acaba orientando outras pessoas a

fazerem o mesmo. No que tange à tais considerações, Dworkin pontuará que a igualdade de impacto não consegue fornecer uma concepção separada pura de democracia, dado que requer uma amplitude excessiva da dimensão vertical de política e, ao mesmo tempo, uma atuação mínima da dimensão vertical. A igualdade de impacto pode muito bem ter papel importante em uma concepção mista, separada e dependente, como uma meta a ser buscada quando e enquanto as outras considerações permitam.

No entanto, para que a concepção separada pura tenha êxito, precisa ter a influência, e não o impacto, como meio de avaliação do poder político. A igualdade de influência, contudo, não parece desejável, como padrão exclusivo, na dimensão vertical, uma vez que buscar esse tipo de igualdade além da mitigação das injustiças distributivas, em virtude dos meios à disposição existentes, violaria outras características mais importantes de uma sociedade igualitária. Por conseguinte, aceita-se a igualdade de influência como ideal e se tem a concepção mista de democracia como a mais cabível.

Depreende-se desses pressupostos que, por ser a democracia um esquema de governo incompleto, Dworkin apresenta, em tese, argumentos que culminam em um arranjo estrutural que viabilize a melhor e mais adequada resposta moral às condições democráticas. Assim, se essa melhor resposta for dada pelo Poder Judiciário não será, portanto, antidemocrática.

2.2 Jeremy Waldron e o viés democrático do controle de constitucionalidade

Jeremy Waldron elabora sua tese com argumentos pautados na crítica da revisão judicial e com a formulação do exercício de um controle de constitucionalidade arraigado nas legislaturas democráticas, sintetizando que:

Ao privilegiar o voto majoritário entre um pequeno número de incontáveis juízes não eleitos, desprivilegiam-se os cidadãos comuns, bem como são deixados de lado os princípios estimados de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos. (WALDRON, 2006, p. 1353).⁹ (Trad. nossa)

Basicamente, o que preconiza o arcabouço teórico do autor em tela é a noção de que a presença de igualdade política¹⁰, na esfera das instituições democráticas, é essencial para que a legitimidade democrática seja consolidada. Para isso, existe uma necessidade, dentro do

⁹ “By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.”

¹⁰ O valor em questão, para Waldron, pode ser vislumbrado a partir da seguinte colocação: “I assume that the institutions, procedures, and practices of legislation are kept under constant review from this perspective, so that if there are perceived inequities of representation that derogate seriously from the ideal of political equality, it is understood among all the members of the society that this is an appropriate criticism to make and that, if need be, the legislature and the electoral system should be changed to remedy it. And I assume that the legislature is capable of organizing such change, either on its own initiative or by referendum” (2006, p. 1362).

direito ao voto, do direito de ser ouvido, isto é, nas palavras do teórico, “o direito de ter um voto levado em conta, ainda que outros discordem daquilo que esse diz¹¹”.

Dentro dessa perspectiva revela-se a problemática do *judicial review*, haja vista que a não participação popular no procedimento decisório, dentro das Cortes Constitucionais, acarreta a inviabilização da consecução do ideal da igualdade política, posto que culmina na falta de transparência dos casos abordados no que tange a interpretação por parte da sociedade como um todo, além de privilegiar a vontade de uma minoria restrita formada por magistrados não eleitos. Nesse diapasão, destaca-se que as críticas são dirigidas, principalmente, ao controle de constitucionalidade forte, dado que a decisão jurisdicional, em tais hipóteses, acaba por modificar os efeitos propostos por uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, ou, até mesmo, recusar sua aplicação, gerando, dessa forma, uma perda de eficácia.

Tendo em vista o descrito, é possível inferir que os atos decisórios do Judiciário, quando fornecessem precedentes vinculantes, funcionariam como estratégia de exclusão das normas elaboradas pelo Congresso, composto por representantes democraticamente eleitos, em prol da suposta defesa de direitos fundamentais. Entrementes, esses atos decisórios também corroborariam para uma solução definitiva dos dissensos sociais, sem a consagração do debate efetivo sobre o assunto. Ora, quando se vislumbram tais disputas entre as decisões tomadas pelo judiciário e as leis editadas pelo Congresso, torna-se inviável que a resposta da problemática seja realizada sem a participação popular. É precisamente na busca pelo acordo entre os dissensos que se molda a imperatividade necessária através do debate das razões defendidas por todas as partes, para solucionar os desacordos morais, em consonância ao disposto por Waldron (2012, p. 23):

Em geral, nós precisamos entender a importância do modo com que uma constituição prevê a salvaguarda da atividade política em uma sociedade, estabelecendo um meio entre a mobilidade e a formalidade para que a deliberação pública se torne uma iniciativa estruturada, permitindo a visão de outros e facilitando a formação de opiniões bem fundamentadas, responsáveis e politicamente efetivas (trad. nossa).¹²

Sendo assim, é por imprescindível de uma legitimidade democrática durante a discussão do conflito que o local apto para seu desenvolvimento se torna o Legislativo (WALDRON, 2006).

¹¹ “The right to have one's voice counted even when others disagree with what one says.”

¹² “In general, we need to understand the importance of the way in which a constitution provides housing for the political activity of a society, establishing an in-between of furniture and formality so that public deliberation becomes a structured enterprise, allowing the views of others and facilitating the formation of well-thought-thought, responsible and politically effective opinions.”

A partir disso, Waldron busca propor uma teoria constitucional alicerçada em duas figuras determinantes: o desacordo e a figura do Poder Legislativo como cerne do exercício do controle de constitucionalidade.

Inicialmente, o autor tece uma crítica acerca da forma com que os filósofos políticos organizam suas teorias normativas a partir da concepção de direitos. Na percepção de Waldron (2006), tais autores deveriam se ater ao processo pelo qual as decisões são tomadas em uma comunidade em uma situação de desacordo. Nesse sentido, existe uma necessidade de associação entre as questões de justiça e as escolhas políticas sobre direitos.

Isto posto, ainda em hipóteses nas quais ocorre um desacordo entre os entes da comunidade, pode-se vislumbrar um respeito mútuo às conclusões encontradas. Assim, evidencia-se que uma teoria constitucional não deve possuir apenas a justiça como enfoque, mas também o modo com que as decisões políticas são tomadas em circunstâncias de dissenso, no intuito de promover meios de assimilar interesses divergentes.

Para isso, a teoria da justiça deve ser complementada pela teoria da autoridade, haja vista a necessidade de questionamento acerca de qual instituição deve possuir a prerrogativa de tomar decisões ou por qual processo devem estas serem tomadas¹³. Nesse sentido, em primeiro lugar, é premente que se providencie um arranjo que incremente ambas as teorias e não acabe por substituir uma por outra. Em segundo lugar, a teoria formulada deve prever uma resposta sobre a questão de autoridade que solucione o problema, identificando qual ponto de vista necessita prevalecer mediante o uso de critérios distintos daqueles que originaram o desacordo. Por fim, deve produzir um procedimento de decisão que conceba uma escolha social, definindo, por meio deste, qual visão deve ser adotada em face de outra, ainda que ocorra um desacordo entre qual dessas seria mais justa. Em suma, de acordo com a inteligência de Fernandes (2013, pp. 40-41):

Os argumentos de Waldron partem de um ataque ao modelo de revisão judicial da legislação. Para o autor, entrincheirar direitos em declarações constitucionais e dar competência para os juízes anularem a legislação com base nessas declarações abstratas negaria o direito à participação política igualitária aos cidadãos. Além disso, Waldron critica as teorias da autoridade política que chama de instrumentais ou orientadas pelo resultado, isto é, aquelas que desejam escolher os melhores mecanismos decisórios de uma

¹³ Nesse sentido: “However, given the inevitability of disagreement about all that, a theory of justice and rights needs to be complemented by a theory of authority. Since people disagree about what justice requires and what rights we have, we must ask: who is to have power to make decisions...? The issue of what counts as a good decision do not disappear the moment we answer the question ‘Who decides?’. On the contrary, the function of a theory of justice and rights is to offer advice to whoever has been identified (by the theory of authority) as the person to take the decision.” (WALDRON, p. 32.)

sociedade com base na probabilidade dos resultados que emergirão desses procedimentos. Esse tipo de justificação da autoridade negaria as circunstâncias básicas da política moderna: o desacordo persistente e de boa-fé acerca de questões de política e de princípio. Nesse sentido, redundariam em petição de princípio. Por isso, a alternativa de Waldron é oferecer um modelo de autoridade baseado na igualdade democrática do procedimento.

É consonante às considerações expostas que Waldron (1993, p. 33) inicia sua crítica ao *judicial review*, pontuando que o estilo americano de revisão judicial é frequentemente defendido, sob o argumento que direciona para a possibilidade de os procedimentos democráticos majoritários produzirem resultados injustos ou tirânicos. Assim eles podem. No entanto, isso pode ocorrer com qualquer procedimento que pretenda solucionar o problema da escolha social diante de divergências sobre o que pode ser classificado como injustiça ou tirania. A regra de que a Suprema Corte deve tomar a decisão final sobre questões que versem sobre direitos fundamentais advém exatamente dessa regra processual. Do mesmo modo, não só pode como tem produzido decisões flagrantemente injustas. Qualquer pessoa cuja teoria da autoridade permita a concessão de poder à Suprema Corte para tomar decisões deve enfrentar o paradoxo de que a opção que ela considera justa pode não ser a opção que, de acordo com sua teoria de autoridade, deveria ser seguida¹⁴.

Decorre dessas premissas iniciais o caminho pelo qual o autor irá desenvolver sua teoria, por intermédio do uso do desacordo como eixo central - sob a ótica da regra majoritária, da igualdade política e do direito de participação, e da rejeição dos argumentos que justificam a revisão judicial - por meio da elaboração de uma teoria de legitimidade dos procedimentos democráticos alicerçada na representação.

Nos momentos iniciais de sua obra *Law and Disagreement*, Waldron traz à tona certas considerações de Mangabeira Unger, o qual sugere que a jurisprudência contemporânea possui um desconforto com a democracia¹⁵, de modo que há uma falha do Poder Judiciário

¹⁴ “American-style judicial review is often defended by pointing to the possibility that democratic majoritarian procedures may yield unjust or tyrannical outcomes. And so they may. But so may any procedure that purports to solve the problem of social choice in the face of disagreements about what counts as injustice or what counts as tyranny. The rule that the Supreme Court should make the final decision (by majority voting among its members) on issues of fundamental rights is just such a procedural rule. It too may (and sometimes has) yielded egregiously unjust decisions. Anyone whose theory of authority gives the Supreme Court power to make decisions must-as much as any democrat-face up to the paradox that the option she thinks is just may not be the option which, according to her theory of authority, should be followed (WALDRON, 1993, p. 33).”

¹⁵ Sobre isso, dispõe (UNGER, 1996, p. 72-73) “The discomfort with democracy shows up in every area of contemporary legal culture: in the ceaseless identification of restraints upon majority rule, rather than of restraints upon the power of dominant minorities, as the overriding responsibility of judges and jurists; in the consequent hypertrophy of countermajoritarian practices and arrangements; in the opposition to all institutional reforms, particularly those designed to heighten the level of popular political engagement, as threats to a regime of rights; in the equation of the rights of property

“em desenvolver maneiras de compreender a legislação como a criação e propriedade de uma comunidade livre e democrática” (UNGER, 1996 p. 72 *apud* WALDRON, 1999, p. 8). É justamente sob a égide da conjuntura contemporânea que se preocupa o autor em esboçar bases das “circunstâncias da política”, a fim de destacar a função essencial da legislação e da atuação do Poder Legislativo, em nítida oposição à revisão judicial.

As circunstâncias da política advêm da ideia de circunstâncias da justiça¹⁶ de John Rawls. No entanto, tais conceitos são distintos, vez que as circunstâncias da justiça são atinentes aos aspectos da condição humana que fazem da justiça uma virtude e uma prática necessária, enquanto as circunstâncias de políticas são concernentes à necessidade existente, entre membros de uma comunidade, de encontrar uma decisão ou um meio de ação comum, ainda que haja um desacordo sobre quais estas devem ser¹⁷. Para Waldron, a análise dessas circunstâncias é essencial à compreensão das regras e do procedimento que norteiam a decisão, a exemplo da decisão majoritária e das noções concomitantes de autoridade, obrigação e respeito (WALDRON, 1999).

Exsurge disso o desacordo razoável, característica essencial às sociedades democráticas e plurais. O dissenso, em um local legitimamente democrático, deve ser relevante. A legislação deve ser respeitada justamente porque observa as circunstâncias da política, ou seja, a ação definida pelo próprio desacordo. Isto posto:

[...] em qualquer relato plausível, as respectivas posições, perspectivas e experiências de vida das pessoas darão a elas bases diferentes para fazer esses julgamentos delicados. Essas diferenças de experiências e posições, combinadas com a evidente complexidade das questões abordadas, significam que as pessoas podem discordar não apenas sobre como o mundo

with the rights of dissent; in the effort to obtain from judges, under the cover of improving interpretation, the advances popular politics fail to deliver; in the abandonment of institutional reconstruction to rare and magical moments of national refoundation; in the single-minded focus upon the higher judges and their selection as the most important part of democratic politics; in an ideal of deliberative democracy as most acceptable when closest in style to a polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room; and, occasionally, in the explicit treatment of party government as a subsidiary, last-ditch source of legal evolution, to be tolerated when none of the more refined modes of legal resolution applies”.

¹⁶ “As circunstâncias da justiça podem ser definidas como as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária.” (RAWLS, 1999, p. 136)

¹⁷ A síntese formulada por Bustamante (p. 4, 2016) acerca dessa distinção merece ser mencionada: “É no contexto desses desacordos que Jeremy Waldron lança mão de um dos conceitos mais interessantes da teoria jurídica contemporânea, que aparece sob a denominação de “circunstâncias da política”. Essa noção se inspira na ideia de “circunstâncias da justiça”, de John Rawls. Rawls havia utilizado esta última expressão para explicar os contextos em que formulamos questões de justiça distributiva, é dizer, as circunstâncias em que a justiça no âmbito da distribuição de bens e encargos sociais se torna relevante. Como explicava Rawls, questões de justiça normalmente se formulam diante de situações de “altruísmo limitado” e “escassez moderada” de recursos e oportunidades a serem distribuídas”.

é, mas sobre a relevância e o peso a ser atribuído aos vários entendimentos que estas possuem à sua disposição (WALDRON, 1999, p. 112).¹⁸

Nessa toada, inexistente, para o teórico do direito, certa problemática em relação ao método da decisão por maioria. Basicamente, a decisão majoritária envolve um compromisso de estabelecer uma valoração, em igual medida, do ponto de vista de cada indivíduo que participa do processo de discussão, de modo que, ao final, uma decisão possa ser selecionada pelo grupo¹⁹. É justamente por isso que o método de decisão majoritária se apresenta como o meio de decisão mais justo possível. É com ênfase nessa lógica que a justificativa da autoridade da legislação para Waldron (1999, p. 101) reside no fato de que esta não deve ser vislumbrada como promulgação de uma maioria atual, mas sim como algo que perdura durante o tempo em nome de toda uma comunidade. Tendo sido uma vez votada, a legislação é merecedora de qualquer respeito que o status comunitário possa conferir a ela, sem que se considere os métodos substantivos de seu próprio conteúdo. Inclusive, é sob essa órbita que o teórico defende que:

[...] a importância do modo em que a constituição fornece abrigo para a atividade política de uma sociedade, estabelecendo um meio-termo de equipamento e formalidade de modo que a deliberação pública se torne um empreendimento estruturado, permitindo que as visões de uma pessoa sejam trazidas articuladamente em relação às visões de outras e facilitando a formação de opiniões bem pensadas, responsáveis e politicamente efetivas. Isso não é primariamente uma questão de restrição; é uma questão do que uma constituição afirmativamente torna possível a partir de algo que de outra maneira seria a política solta e cambaleante das ruas. (WALDRON, 2009, p. 274)

¹⁸ No original: “[...] on any plausible account, people's respective positions, perspectives, and experiences in life will give them different bases from which to make these delicate judgements. These differences of experience and position, combined with the evident complexity of the issues being addressed, mean that reasonable people may disagree not only about what the world is like but also about the relevance and weight to be accorded the various insights that they have at their disposal”.

¹⁹ Diante das noções estabelecidas por Waldron, Hubner (2008, p. 84) estabelece uma síntese interessante acerca da questão: “Palavras de ordem como “tirania da maioria” distorceriam o debate. Fabrica-se e superestima-se um medo: o risco de supressão dos direitos das minorias. Ato contínuo, vende-se quase coercitivamente um remédio que se impõe como auto-evidente: uma instituição que, afastada da lógica majoritária, revê as decisões legislativas e protege direitos mínimos. [...] Todavia, se assumimos que os membros da sociedade estão enfrentando, de boa-fé, questões controversas sobre direitos, a relação entre maiorias e minorias passa a ser diferente. Nessa suposição, o voto corresponde não a um mero interesse, mas a uma opinião pessoal sobre uma preocupação comum. [...] Se a decisão leva minha opinião em conta, o fato de ela (decisão) não corresponder à minha opinião não viola minha liberdade. [...] Se todas as partes se dirigem à decisão com um espírito público, então as questões nas quais elas discordam não refletirão graus diferentes de preocupação com seus auto-interesses. São diferentes e sinceras visões sobre a decisão correta. Contadas essas opiniões, a maioria vence. Ela não necessariamente está certa, mas também não necessariamente está errada.”

Sobre a visão exposta, menciona-se o comentário elaborado por Galvão (2014, p. 221), segundo o qual:

O desafio posto por Waldron é refletir sobre o que representa o Estado de Direito em uma sociedade que considera a política majoritária como forma legítima de tomada de decisões coletivas. A legislação, resultado de um processo deliberativo em que os diversos pontos de vista são representados, apresenta-se, nas democracias contemporâneas, como o único médium em que inúmeras identidades dos sujeitos podem ser unificadas de maneira não arbitrária. É através das normas jurídicas que a comunidade de princípios se personifica, e não por meio de um metadiscorso ideológico que tente minimizar o fato de que há inúmeros desacordos na sociedade

À época em que o autor divulgou suas concepções iniciais acerca do controle de constitucionalidade, era possível verificar algumas lacunas práticas quanto à aplicação de sua teoria e do exercício deste controle pelo Poder Legislativo da forma que se apresentava. Por essa razão, posteriormente, Waldron (1999, p. 282-284) passa a entender, no texto *The Core of the Case Against Judicial Review*, que o argumento contrário à revisão judicial é condicional, dado que caso uma das condições não seja operável, não há como aquele subsistir.

Nesse sentido, são quatro os pressupostos necessários à consolidação do controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Legislativo, quais sejam: (1) as instituições democráticas devem estar em um bom funcionamento razoável, contando com um Legislativo representativo, eleito a partir das bases do sufrágio universal; (2) a existência de um conjunto de instituições judiciais, em um bom funcionamento razoável, fundada a partir de bases não representativas, para tratar de certas disputas, ações judiciais individuais e privadas, bem como defender o Estado de Direito; (3) um comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e das autoridades no tocante às noções que norteiam os direitos individuais e das minorias; (4) um desacordo persistente, substancial e de boa-fé acerca dos direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. Para Conrado Mendes (2011, p. 91), as duas primeiras condições envolvem questões institucionais, enquanto as duas últimas, questões culturais.

Presentes essas pressuposições, o argumento para transferir tais desacordos aos tribunais judiciais para que promovam a resolução final é fraco e não convincente, não havendo, assim, necessidade de reexame, pelas cortes, das decisões sobre direitos feitas pelo Legislativo. Agora, caso não observadas tais condições, nega-se o vértice moral que fundamenta o direito de participação e, conseqüentemente, a decisão final não deve ser obedecida (WALDRON, 1999, p. 282).

Partindo dessa leitura, Paulino (2016, p. 79) sublinha que:

Se essas circunstâncias estiverem presentes na sociedade, seus membros devem resolver as divergências sobre direitos nas instituições legislativas. Nesse caso, decisões tomadas pelas cortes falhariam em cumprir o critério de legitimidade política. Por sua vez, se um desses quatro componentes não estiver presente, e isso for em um estado endêmico, poderia se configurar uma situação atípica e patológica. Nota-se que, embora Waldron defenda com vigor sua concepção normativa em defesa do parlamento e em objeção à jurisdição constitucional, ele pressupõe para o seu argumento um cenário ideal de condições institucionais, culturais e históricas. Percebe-se, dessa forma, uma concessão para o mundo real, no qual o controle judicial de constitucionalidade poderia ser justificado de forma excepcional – como uma solução não ideal, de raiz antidemocrática ainda assim – desde que o contexto sociológico assim o exija, como nos casos de parlamentos disfuncionais, culturas políticas corruptas e sectárias, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico.

Subsiste na não observância dos pressupostos acima elencados, portanto, um elo entre as teorias de Dworkin e Waldron, embasada pela discordância em relação às decisões tomadas por uma maioria nas situações em que se tenha uma necessidade evidente da proteção de direitos humanos tendo em vista a permanência de formas de preconceito endêmico.

Todavia, para Dworkin, na hipótese de não consolidação das premissas democráticas, utilizar-se-á o órgão que produzirá as melhores respostas à questão colocada em pauta. Segundo Waldron, desse modo, não é possível verificar qualquer preocupação acerca do processo institucional pelo qual as decisões são tomadas, que acaba, assim, por negligenciar o caráter democrático do desenvolvimento decisório.

Para Waldron, a arena legislativa se apresenta como a solução viável à manutenção da legitimidade democrática. Contudo, o autor ressalta dois mecanismos de razão que precisam ser levados em conta ao se estabelecer ou avaliar um processo decisório legítimo sobre desacordos acerca das salvaguardas fundamentais: *razões referentes a resultados* e *razões relativas a procedimentos*. No tocante às primeiras, definem-se como aquelas que fazem com que o indivíduo que participe da tomada de decisão permaneça independentemente das considerações sobre o resultado apropriado; por sua vez, em relação às últimas, definem-se estas como as razões que projetam o processo decisório de forma a garantir o resultado apropriado (WALDRON, 2006).

Emergem duas perguntas principais concernentes às razões em comento:

- (1) Como promover o balanceamento entre as distintas estruturas das razões?
- (2) Qual o processo decisório mais propenso a, ao mesmo tempo, garantir que as partes envolvidas no processo decisório sejam igualmente ouvidas e obter a verdade sobre direitos?

Como resposta às questões suscitadas, Waldron ressalta que as razões relativas a resultados não estão necessariamente vinculadas à revisão judicial, sendo, à vista disso, insuficientes para amparar um processo decisório de controle de constitucionalidade. Por seu turno, clarifica que as razões referentes a procedimentos operam no sentido de afastar o mecanismo decisório do controle forte de constitucionalidade²⁰ e a favorecer o Legislativo, vez que este se apresenta como o modelo ideal para proteger os valores democráticos de equidade e justiça.

Verifica-se no argumento em debate uma das principais distinções entre os autores, isto é, a compreensão do sistema democrático como um todo. À guisa de arremate, para Dworkin, a democracia não pode ser embasada e definida apenas por um conceito proporcional, isto é, não deve se ater à regra da maioria. Para o teórico do direito, o sistema democrático deve resguardar a comunidade política de princípios através do pertencimento moral dos indivíduos em uma sociedade fraternal. Ainda nesses casos, a hipótese da regra da maioria não prevaleceria nas discussões acerca das questões de princípio, vez que a resposta mais adequada não depende das individualidades de cada cidadão, mas sim de uma lógica interpretativa que possua alicerce no texto constitucional. De tal modo, pode-se fortalecer a democracia a partir do desenvolvimento das condições democráticas de pertencimento que possua uma dimensão participativa, independentemente da instituição responsável por fazê-la.

Em sentido diametralmente oposto, Waldron associa a ideia de democracia com a participação política dos indivíduos como um apetrecho não instrumental, ou seja, os próprios cidadãos têm os meios de ponderar responsabilmente as questões morais envolvidas em sua deliberação, não necessitando, então, do aparato do Judiciário em todas as hipóteses de leitura e compreensão dos dispositivos constitucionais, mas apenas nas situações em que o controle de constitucionalidade fraco seja premente.

²⁰ Torna-se imperioso destacar a diferença entre o controle de constitucionalidade forte e o controle de constitucionalidade fraco segundo as concepções do autor: “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter. A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether. In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. Nevertheless, the scrutiny may have some effect” (WALDRON, 2006, p. 1346-1347).

Relacionado à essa compreensão, para Thomas Bustamante (2016, p. 55) as Cortes Constitucionais são instituições antidemocráticas, de acordo com Waldron, por serem baseadas na afirmação aristocrática de que os desacordos políticos mais controversos sobre direitos e princípios em uma comunidade política não devem ser resolvidos a partir do julgamento dos próprios cidadãos. A partir disso a política, para Waldron, é sempre uma questão de julgamento, e o cerne da reivindicação democrática sempre foi que o povo tem o direito de se governar através de seus próprios julgamentos (1999, p. 264). Nesse esteio, embora os tribunais possam servir a propósitos legítimos ao interpretar e especificar os direitos, que são abstratamente declarados na constituição, sua falta de justificação democrática coloca um fardo pesado sobre eles quando derrubam uma norma jurídica ou uma legislação de maneira integral. A alegação de que o tribunal pode participar do processo político, com vistas a ditar a solução para um desacordo moral em um caso difícil, é meramente instrumental²¹ - e não uma questão de ‘direito’ – porque o tribunal não está decidindo sua própria fé, mas sim fazendo julgamentos morais em nome de toda a sociedade.

No entanto, o argumento exposto por Waldron é alvo de críticas por alguns estudiosos. Conrado Hübner (2011, p. 65) argumenta que o autor teria “subestimado a importância de uma teoria da representação, restringindo o argumento favorável ao legislador a uma teoria abstrata sobre igualdade e regra da maioria, e ignorado qualquer evidência sobre fatores da dinâmica eleitoral que influenciam o comportamento do legislador (...)”.

Jairo Lima (2018, p. 36) pontua que para Kyritsis, Waldron subestima a distância existente entre representantes e representados e, para que sua tese contrária ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário possa fazer sentido, é indispensável a assunção da ideia de representação como identidade entre representante e representado, tendo em vista que somente dessa maneira os juízes substituiriam a vontade do povo pela sua própria vontade.

Ao fim e a cabo, nota-se que os autores apreciados possuem divergências fulcrais quanto à interação existente entre a democracia e o constitucionalismo. Nesse ínterim, faz-se precípuo traduzir esse embate teórico perante a realidade brasileira, isto é, utilizando-se de um caso concreto para analisar o mecanismo de atuação das Cortes Constitucionais diante de omissões legislativas.

²¹ Quando Bustamante (2016, p. 55) utiliza o conceito de ‘instrumental’, quer dizer que, em uma democracia constitucional, pode-se justificar a autoridade do tribunal constitucional não porque representa os membros da comunidade política e tem naturalmente o direito de decidir em seu nome, mas apenas porque, de acordo com certas condições, suas decisões podem desencadear um raciocínio público sobre os fundamentos da comunidade e ajudar a proteger os direitos básicos consagrados na Declaração de Direitos.

2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

A fim de associar e viabilizar uma intercessão entre a teoria constitucional e a prática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, analisar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

É importante ressaltar que, embora as teorias formuladas por Dworkin e Waldron se debrucem sobre o controle de constitucionalidade difuso, isto é, aquele efetuado pelos Tribunais de Justiça, com efeito *inter partes*, relacionado a um caso concreto específico, a opção pelo controle concentrado foi motivada pela possibilidade de uma melhor identificação da aplicação das teorias a partir da ação em epígrafe, ainda que em hipótese abstrata, principalmente por esta ter sido realizada pela Corte Constitucional Brasileira.

Nesse esteio, as compreensões de Renan Fernandes, Conrado Hübner e de Virgílio Afonso da Silva acerca das limitações teóricas que assolam as justificativas tradicionais à teoria constitucional brasileira sobre a revisão judicial também são estendidas à presente análise.

a. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O texto constituinte, além de prever a necessidade de compatibilidade entre o conteúdo advindo da produção de normas com a Constituição, isto é, a declaração de inconstitucionalidade por ato contrário ao dispositivo fundamental, previu, também, a existência de situações de inconstitucionalidades constituídas a partir da inação do poder competente quanto aos deveres lhes incumbidos. Essa última colocação é traduzida a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que, nos termos do §2º do art. 103 da CF/88, é caracterizada pela ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional. Deve-se destacar que sua previsão existe justamente para que os direitos previstos na carta constitucional se concretizem, seja mediante a formalização de políticas públicas ou a elaboração de legislação suficientemente apta a garantir essas salvaguardas de maneira plena²².

Sobre isso, na definição calcada por José Afonso da Silva, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão são atinentes às *normas de eficácia limitada*, isto é, normas constitucionais por meio das quais o constituinte, em vez de regular, direta e

²² Em lógica coerente: “A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenômeno que se encontra nas mais diversas áreas jurídicas. Ela verifica-se sempre que, perante uma obrigação de facere, e mandando, direta ou indiretamente, a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas” (MIRANDA, 2012, p. 9).

imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1993); ou, em mesmo sentido, na delimitação realizada por Jorge Miranda, às *normas programáticas*, isto é, aquelas que exigem não apenas a lei, mas exigem também providências administrativas e operações materiais, dependendo, portanto, de fatores econômicos e sociais, com a intenção de modificar as situações e os circunstancialismos subjacentes à Constituição (MIRANDA, 2012).

Constatadas as hipóteses supramencionadas, cabe aos legitimados, elencados pelos incisos do *caput* do art. 103 da CF/88, propor a ação em sede de controle concentrado, a fim de superar a omissão arguida.

Contudo, há que se destacar que, nos moldes da Carta Magna de 1988, o resultado direto da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão resolve-se por meio da comunicação da decisão ao Poder Competente, com a delimitação do prazo de 30 (trinta) dias, para que sejam adotadas as providências necessárias à consecução do direito objeto da ação. Diferencia-se, à vista disso, a ação do controle concentrado do Mandado de Injunção, positivado através do inciso LXXI do art. 5º da CF/88. Essa distinção é ainda mais bem clarificada pelas palavras de Jorge Miranda (2012, p. 23), *in verbis*:

A ação de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstrata, o mandado de injunção uma modalidade de fiscalização concreta. O órgão competente para conhecer daquele é o Supremo Tribunal Federal, o órgão competente para conhecer desta pode ser qualquer tribunal. A primeira tutela qualquer norma constitucional, a segunda normas não exequíveis por si mesmas, principalmente normas atinentes a direitos de liberdade. Enfim, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal não se substitui ao órgão legislativo, apenas declara a existência de inconstitucionalidade, ao passo que no mandado de injunção o tribunal pode emitir as medidas necessárias, de efeito individual ou erga omnes consoante os casos.

Esclarecido o conteúdo da ação de controle de constitucionalidade, com o intuito de alicerçar a discussão aqui proposta, torna-se premente conhecer o núcleo da ADO Nº 26.

b. O objeto da ADO Nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), em dezembro de 2013, com fulcro na alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional, o qual, segundo a peça instrutória, estaria, nas palavras do relatório elaborado pelo Min. Celso de Mello, “frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico- -social aos

integrantes da comunidade LGBTTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros)” (2019, p. 2).

Na ocasião, foram postuladas como providências a serem tomadas, inicialmente:

- (1) O reconhecimento da homofobia e transfobia como abrangidas pelo conceito ontológico-constitucional de racismo, definido a partir de interpretação estabelecida no *Habeas Corpus n° 82.424/RS*, com o fito de enquadrá-las no conceito abarcado pelo art. 5º, inc. XLII, da CF/88, o qual criminaliza o racismo;
- (2) A declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional no tocante à criminalização específica da homofobia e da transfobia, por meio da determinação de que aquele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação, motivados pela orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa;
- (3) A fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional possa aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia²³;
- (4) Na hipótese de decurso do prazo fixado pelo Superior Tribunal Federal, a tipificação efetiva da homofobia e transfobia como crimes específicos por decisão da Suprema Corte, mediante troca de sujeito e atividade legislativa atípica desta, ante a inércia inconstitucional do Congresso Nacional em fazê-lo, com o fito de dar cumprimento à ordem constitucional, superando, portanto, a exigência de legalidade estrita parlamentar;
- (5) A inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas;
- (6) A fixação da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares, responsáveis pela inércia inconstitucional, como devedores solidários por serem efetivamente responsáveis pela mora em questão, a fim de indenizar as vítimas de

²³ Na petição em questão foi sugerido o prazo de 01 (um) ano para que o Congresso pudesse aprovar a legislação mencionada.

todas as formas de homofobia e transfobia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88).

Em face das requisições realizadas pelo Partido Popular socialista a Presidência do Senado Federal prestou informações pugnando pela improcedência do pleito, em razão da necessidade do respeito à legalidade penal, à separação de poderes e à independência do Poder Legislativo, confirmando-se, dessa forma, sua competência jurídico-política.

A Câmara Alta, por sua vez, sustentou a ausência de mora inconstitucional, motivada pela existência de projetos de lei, que versam sobre o assunto, em tramitação no Congresso Nacional.

A Advogada-Geral da União em exercício pugnou pelo reconhecimento da improcedência da ação graças à impossibilidade jurídica de pretensões de fixação de prazo para atividade legislativa e de prolação de acórdão com efeito aditivo, especialmente em observância ao desenho institucional e à separação de poderes delineadas pelo texto constituinte.

Em sentido contrário, o Ministério Público Federal, representado pela Procuradoria-Geral da União, formulou parecer no sentido do parcial conhecimento da ação, pontuando a inviabilidade do pedido de condenação do Estado em indenizar as vítimas de homofobia e transfobia, bem como aviltando a precipuidade de interpretação do conceito de raça, reconhecendo-se os comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT como crime de racismo, conforme previsão da Lei 7.716/89 e em atenção ao mandamento constitucional contido no art. 5º, XLII da CF/88.

Tecidos tais esclarecimentos fundamentais à compreensão da matéria em tela e, conseqüentemente, ao conteúdo dessa pesquisa, iniciar-se-á no próximo tópico o destrinchamento dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito do objeto da ADO Nº 26.

c. Os argumentos levados a cabo pelos Ministros em relação ao papel do Poder Judiciário em concepções hermenêuticas contramajoritárias

No que diz respeito aos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em virtude da semelhança e coesão entre os argumentos apresentados, aqueles serão separados por eixos de conteúdo, objetivando, enfim, uma melhor compreensão destes.

(1) Em primeiro lugar, é importante trazer à baila os fundamentos atinentes ao *papel contramajoritário exercido pela Corte Constitucional*. Nesse viés, os votos anotados pelos ministros foram direcionados à necessidade de proteção das minorias na esfera do Estado Democrático de Direito, principalmente tendo em vista as possíveis ameaças de excessos

promovidos pela maioria ou as omissões, concernentes aos grupos majoritários, que acabem por lesar os direitos dos grupos minoritários. Assim, restaria ao Poder Judiciário mitigar a ocorrência de submissão destes à vontade hegemônica da maioria no âmbito da legitimidade democrática da instituição parlamentar. Nessa linha, destaca-se a noção delineada pelo voto do Relator, Min. Celso de Mello, no julgamento da ADO:

Nesse contexto, incumbe aos Juízes da Corte Suprema do Brasil o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal ou de agressão perpetrada por grupos privados. (2019, p. 184)

Ademais, sob a perspectiva dessa mesma premissa, o Min. Alexandre de Moraes ao falar sobre o exercício da jurisdição constitucional acaba por relacionar a democracia e o constitucionalismo com a noção de poder constituinte originário. Isto é, para o jurista, a supremacia das normas fundamentais da Carta Magna faz com que, ao mesmo tempo, exista a preservação da soberania popular (Democracia), aviltada pela manutenção do Poder Legislativo, e a proteção das minorias através da garantia dos direitos elementares (Estado de Direito), representada pela atuação do Poder Judiciário. Em suma:

Sob essa perspectiva de proteção igualitária e sem discriminações de todos os sujeitos de direitos e garantias fundamentais, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as ideias de Democracia, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de Estado de Direito, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais. (2019, p. 256)

Imbuído dessa lógica, inclusive, emerge do voto do Min. Luís Roberto Barroso, a utilização de parte da teoria proposta por Ronald Dworkin no tocante ao controle de constitucionalidade:

Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin. (2019, p. 286)

A partir da leitura que o jurista faz do trabalho do teórico do direito, depreende-se que os direitos fundamentais são oponíveis às maiorias políticas, sendo, portanto, trunfos contra a

estas, já que salvagam as pretensões dos grupos minoritários. Porém, a questão não é tão simples assim.

Isso porque, o conceito de direitos como trunfos contra a maioria não deve ser confundido com a noção de direito fundamental enquanto norma inserida na constituição. Tais direitos possuem fulcro na justificação moral, que adentram pela via interpretativa e acabam por se tornar vinculantes, a partir dos princípios que os norteiam. Sobre isso, inclusive, Dworkin 1986, p. 76) pontua que:

Quando os juízes constroem regulamentações (...) não admitidas anteriormente, eles não têm total liberdade em seu modo de proceder. Os juízes devem tomar suas decisões sobre a lei ordinária com base em princípios, não em políticas: devem desenvolver os argumentos segundo os motivos pelos quais as partes sustentaram na realidade os seus “novel” (novéis) direitos e deveres legais que eles, os juízes, põem em vigor no momento de ação das partes, ou em algum outro momento pertinente já passado.

Desse modo, em uma compreensão teórica, torna-se inviável a manutenção do argumento utilizado, diante da existência de interpretação equivocada e embasada apenas por uma característica contramajoritária da definição, enquanto este, por si só, abrange uma multiplicidade de pressupostos inerentes à sua aplicação.

No entanto, o sustentáculo argumentativo quanto ao papel contramajoritário do STF não se encerra, por si só, a partir dos elementos supramencionados. Há uma constatação cuja justificativa advém das origens do controle de constitucionalidade, desde o texto de *Os Federalistas* até o conteúdo decisório de *Marbury vs. Madison*, anteriormente aqui trabalhados – a independência do Poder Judiciário. Exemplo disso reside no voto articulado pelo Min. Luiz Fux, segundo o qual:

[...] muitas vezes, essas questões são trazidas ao Judiciário porque o Judiciário não é feito de juízes eleitos; o Judiciário é feito de juízes concursados, juízes que têm o dever primário de ter independência. E podem tê-la, porque são investidos num cargo em que não há influências nem preço social a pagar. Um juiz não deve temer cair em impopularidade ou em desagrado quando defende valores morais expressivos como soem ser no enfrentamento da defesa das minorias. (2019, p. 411)

Em linhas gerais, os fundamentos apresentados são reiterados nos votos de todos os Ministros da Corte, sendo ressaltado o papel indispensável que o Poder Judiciário possui na preservação do Estado Democrático de Direito. Isso graças à atividade efetuada pelo Tribunal Superior, que visa a preservar os direitos fundamentais expostos pelo texto constitucional, tal como a preservar a estrutura da participação política sem, contudo, viabilizar a permanência de uma suposta tirania da maioria, vez que o exercício contramajoritário em voga encontra legitimidade na ampliação das vozes das minorias, com o intuito de mitigar as desigualdades

reais através da concretização da letra fria da Constituição. Logo, defende-se a possibilidade de uma postura mais ativa por parte do Judiciário.

(2) *A posteriori*, a argumentação elaborada pelos ministros se preocupou em ressaltar o papel exercido pela Constituição Federal no que concerne à *criminalização de condutas por determinação de seu art. 5º, XLI e XLII*, além de evidenciar a necessidade de *adoção do conceito de racismo definido pelo HC 82.424/RS (Caso Ellwanger)*.

Pelo ângulo da superior determinação constitucional, veicula-se, majoritariamente, o entendimento que a não produção legal de normas de proteção à comunidade LGBT configura inadimplemento evidente, dado que a norma exibida pelo art. 5º, XLI, ao declarar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, veicula obrigação jurídica²⁴. Por conseguinte, reconhecida, então, a necessidade de legislar nesse esteio, tal como a inércia do Congresso Nacional, torna-se imputável a este último a consideração de mora constitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Para os ministros, frisa-se aqui a possibilidade de atuação incisiva do Poder Judiciário no tocante à proteção dos direitos fundamentais do grupo minoritário atingido, de encontro à manutenção de condutas homofóbicas e transfóbicas – que atentam contra a dignidade da pessoa humana, por expressa cominação da Constituição Federal.

Saliente-se que a compreensão da norma em destaque advém de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, de acordo com o que se concebe do voto do Min. Edson Fachin:

Foi precisamente o que também assentou a Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do HC 104.410, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012, ao reconhecer que “a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º)”. (2019, p. 204)

Consoante a esse entendimento, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, na categoria de proibição da proteção insuficiente, como fundamento apto a respaldar o emprego do direito penal na proteção do bem jurídico explicitado pelo mandamento constitucional. Isso

²⁴ Nessa perspectiva, o voto do Min. Celso de Mello estabelece que: “Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte. Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política” (2019, p. 126)

pois, conforme a percepção dos juristas, a própria realidade brasileira requer a punição criminal das discriminações baseadas na orientação sexual e identidade de gênero²⁵.

Já em relação ao HC 82.424/RS, antes de adentrar no conteúdo das manifestações interpretativas, é de bom tom esclarecer o caso que acionou a Corte Constitucional. Em novembro de 1991, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra o editor gaúcho Siegfried Ellwanger, como incurso no art. 20, caput, da Lei n° 7.716/89 (com a redação dada pela Lei n° 8.081/90), caracterizado pela incitação de discriminação motivada pela raça, religião, etnia ou procedência nacional.

Na ocasião, foi arguido que por ter o agente ativo, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., de forma reiterada e sistemática, editado, distribuído e comercializado ao público, obras de sua autoria cujo conteúdo se apresentava como discriminatório em relação ao povo judeu, deveria este ser responsabilizado pela conduta incursa no art. 20 da Lei n° 7716/89²⁶. Trata-se, enfim, de situação em que o debate sobre a colisão entre a liberdade de expressão e a discriminação de grupos específicos exsurge como eixo central da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, após condenação, em Segunda Instância, do editor. Mais do que isso, da extensão da imprescritibilidade do crime de racismo àqueles cometidos em função da religião.

Sobre a tensão que envolve a extensão do direito à liberdade de expressão, foi decidido, por maioria dos votos, que essa não se trata de uma dimensão absoluta, visto que as manifestações de conteúdo imoral, que pressupõem algum tipo de ilicitude penal, são limitadas justamente pela existência do tipo criminal. Por consequência, a exteriorização da manifestação com o fito de, segundo a interpretação dos ministros, estimular a intolerância e incitar o ódio, não pode ser assegurada, tampouco eximidas de punição pelo próprio direito de expressão. Os argumentos elencados podem ser definidos, em uma síntese simplória, pela conhecida máxima equivocada de que “o direito de um acaba quando o do outro começa”. Em

²⁵ O voto do Min. Luís Roberto Barroso sintetiza os motivos pelos quais a compreensão do uso do Direito Penal como adequado à mitigar a problemática da discriminação é coesa: “O raciocínio que conduz a essa conclusão passa por cinco etapas: (i) a Constituição de 1988 estabeleceu comandos claros de vedação a toda forma de discriminação; (ii) essa imposição da ordem constitucional conduziu ao progressivo reconhecimento de direitos da população LGBTI+; (iii) a evolução vivida pela sociedade brasileira permite dizer que o conceito de racismo passou por mutação constitucional; (iv) essa alteração da percepção social ainda não se refletiu na vedação à discriminação fundada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero; e (v) já existem no direito brasileiro, contudo, normas penais que punem o racismo” (2019, p. 296).

²⁶ A redação do dispositivo à época da denúncia era a seguinte: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

virtude dessa discussão não ser objeto da presente pesquisa, encerrarei sua análise por aqui e não tecerei mais comentários atinentes à questão.

Quanto à interpretação formulada acerca do conceito de racismo e sua abrangência, a Corte Constitucional optou pela compreensão do crime em sua manifestação social, ou seja, reconhecendo que a prática de racismo se dá pela adoção, por parte de grupo hegemônico, de condutas discriminatórias e em relação aos grupos minoritários, sendo estas fundadas em uma suposta hierarquia entre esferas sociais. O voto do Min. Maurício Corrêa (2003) sintetiza essa percepção:

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

[...]

Limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos.

Com efeito, foi decidido, por fim, que o termo racismo, em sua abrangência semântica, abarcaria não só a discriminação de minorias raciais, mas todo e qualquer ato atentatório direcionado às minorias sociais, sendo o *Habeas Corpus*, então, denegado. Mediante a definição interpretativa, o Caso Ellwanger se tornou paradigmático na jurisprudência brasileira e atua, até os dias atuais, como precedente vinculante no que tange ao crime de racismo, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão aqui versada, *in casu*:

A força persuasiva do precedente é tamanha, que, ainda que não seja dotado de efeito vinculante, operou uma reforma, pela via interpretativa, do conceito de racismo estabelecido no artigo 5º, XLII, da Constituição. Como inerente a processos informais de reforma, a Corte reconheceu o reflexo de mudanças socialmente aceitas e perpetradas pelo constituinte difuso, diante de alterações de uma nova percepção jurídica do termo, diferida no tempo. (Voto do Min. Luiz Fux, 2019, p. 430)

Na oportunidade do julgamento da ADO nº 26, os ministros, em sua totalidade, aderiram à aceção de racismo defendida no precedente em vértice, fato que gerou, conseqüentemente, o enquadramento da discriminação em função da identidade de gênero e

orientação sexual – transfobia e homofobia, respectivamente – como prática de crime previsto em condicionante constitucional dos incisos XLI e XLII da Constituição Federal.

(3) Emerge dessa cognição o entendimento de que a *hermenêutica pode servir como forma de mutação constitucional, afastando-se, portanto, a extrapolação do Supremo Tribunal Federal quanto à inovação legislativa, isto é, quanto à reserva absoluta de lei formal.*

O eixo central de destaque dos votos formulados diz respeito à relação entre os poderes da república. Nesse caminho, enfatiza-se a omissão legislativa - e a consequente ação dessa espécie em controle concentrado - como ensejadora da reação jurisdicional. Diante disso, a inércia legislativa, por desvalorizar os comandos constitucionais em reiteradas condições e situações, dá azo a uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, eis que guardião da Carta Magna.

Todavia, nos termos das argumentações utilizadas, não se deve confundir tal atuação com o processo de produção normativa, uma vez que, de acordo com precedentes firmados pela Corte, a mera interpretação do ordenamento jurídico, mediante um exercício hermenêutico realizado a partir das urgências que surgem da realidade social, apenas constitui, nas palavras do Min. Celso de Mello em AI 161.396-AgR/SP, a exata aplicação do direito. Assim, na hipótese de compreensão dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, bem como da própria Lei de Racismo, incumbe ao Judiciário inscrever as condutas homotransfóbicas no espécime delimitado pelo crime de racismo, de acordo com a definição estabelecida pelo Caso Ellwanger²⁷.

Trata-se de função típica da Corte, conforme exara o voto do Min. Alexandre de Moraes:

²⁷ Nesse esteio, a título de exemplo, pode-se mencionar o seguinte trecho do voto do Min. Luiz Fux: “Ao incluir outras condutas discriminatórias de subjugação e opressão, enquanto “valorização negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes”, não há como negar que, no caso Ellwanger, o Supremo ampliou o conceito de raça. Passou-se a adotar o conceito político-social, manejado histórico e culturalmente para oprimir determinados grupos sociais. [...] É deveras importante esclarecer que não se criou, como não poderia, crime sem lei. Reconhecer que os tipos penais de racismo, previstos prévia e expressamente na Lei do Racismo, abrangem qualquer discriminação contra “certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes” não afronta o princípio da reserva legal. [...] A plasticidade da norma, que permitiu a resignificação reconhecida no caso Ellwanger, estende a aplicação de tipos penais que já existem na Lei 7.716/89. Naquele caso, assim como na presente ação, a extensão conceitual da prática de racismo não instituiu crime sem prévia cominação legal. [...] In casu, a ponderação sequer se revela necessária. Não há violação à segurança jurídica, porquanto a delimitação do conceito jurídico constitucional de raça e racismo fora firmada em precedente do Plenário desta Corte, sendo presentemente reiterada em decisão dotada de eficácia geral a que se atribui efeitos ex nunc. A par da plasticidade, as sentenças aditivas são mais legítimas quanto melhor refletem a solução que presumidamente o constituinte determinou”. (2019, p. 430-432)

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada interpretação conforme a Constituição, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não. [...] A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção. (2019, p. 263-264)

As fundamentações esclarecem que a técnica jurídica de interpretação não configura qualquer desrespeito aos desenhos institucionais, pelo contrário, apresenta-se como derivada da independência do Judiciário e, ao mesmo tempo, como elemento essencial da jurisdição. Portanto, não haveria qualquer óbice à criação de sentenças aditivas.

Tal mecanismo decisório têm raízes na teoria constitucional italiana e possui como escopo remediar a deficiência de disciplina considerada constitucionalmente ilegítima pela corte e, concomitantemente, determinar efeito normativo mais amplo do que era emitido pela norma. Desse modo, a sentença aditiva acaba por provocar a extensão ou ampliação do conteúdo normativo de forma que a norma atribuída ao dispositivo normativo pelo juízo de constitucionalidade passe a conter algo que o texto da disposição não prevê de maneira expressa. É por meio dessa técnica de decisão que o Judiciário pode se imiscuir na omissão legislativa, graças à sua desconformidade com a Constituição (ISRAEL, 2014, p. 22).

Basicamente, o que se tem é que as sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes principais: o ablativo, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo e o reconstrutivo, o qual consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de alteração interpretativa da norma, de forma que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição (RAMOS, 2015, p. 221).

Por meio da utilização do argumento antes exposto, o Supremo Tribunal Federal tentar escapar de qualquer liame existente entre sua atuação e a criação de norma *ex nihilo*, bastando apenas ressaltar que a interpretação cria uma extensão de norma penal já positivada, não havendo, assim, a criação de qualquer tipo penal, mas apenas um raciocínio hermenêutico decorrente de princípios constitucionais. Com isso, concluiu-se que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que veda não somente preconceitos de origem racial, mas estende a proibição a quaisquer outras formas de

discriminação, inclusive aquelas inseridas no âmago homotransfóbico, garantindo a igualdade de todos em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal (Min. Celso de Mello, 2019, p. 42).

Incumbe mencionar que a ampliação dos efeitos da sentença aditiva foi tanta que o Supremo Tribunal Federal ignorou a necessidade de ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, no lugar de previsão de prazo para solução legislativa, optou por estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, enquadrando a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma.

(4) Destarte, é importante fazer uma ressalva e destacar um ponto específico do voto redigido pelo Min. Ricardo Lewandowski: *a contradição nuclear entre a declaração de omissão por parte do Poder Legislativo e, simultaneamente, a verificação de norma existente no ordenamento jurídico que abrange a discriminação contra grupos LGBTQIA+*. Seu voto foi dissidente dos demais na medida em que conheceu e julgou parcialmente a ação.

Para o jurista, a mora legislativa é verificada como sendo inconstitucional, haja vista que a Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para garantir o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, prevendo a premência de eficácia punitiva nesse caminho. Entretanto, a permanência dessa omissão, desde a promulgação da Constituição no ano de 1988, não pode servir como pretexto à violação do princípio da reserva legal. Sobre essa questão, o Ministro preleciona que:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (2019, p. 512)

Aqui, há também uma crítica às sentenças aditivas em casos que tratem de matéria penal, posto que a extensão do tipo penal para abranger situações não especificamente tipificadas pela norma penal, além de atentar contra a reserva legal, de iniciativa e competência privativa do Poder Legislativo, gera, também, insegurança jurídica. Aliás, o

próprio reconhecimento da mora do Parlamento em editar legislação penal com o tipo atinente às condutas homofóbicas e transfóbicas impede a interpretação extensiva da Lei nº 7716/89.

Isso pois, se o art. 20 da respectiva lei e o termo “racismo” abarcam e reconhecem as atitudes homotransfóbicas como merecedoras de pena advinda da pretensão punitiva do estado, não se pode dizer que houve omissão legislativa. O texto da lei esteve lá desde sua entrada em vigor. Ou muda-se a interpretação da Lei de Racismo ou identifica-se a inação dos representantes eleitos. A admissão de ambos os pedidos, por si só, é antagônica e ilógica do ponto de vista argumentativo, pois promove a quebra consciente do encadeamento de ideias que é veiculado por cada um dos votos. E, nesse sentido, o argumento defendido pelos outros ministros, em sua maioria, de que a interpretação extensiva não configura inovação normativa, não subsiste ante a contradição aparente entre a ausência e, paralelamente, a presença de norma incriminadora.

3. ENTRE DWORKIN E WALDRON: A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO INOVAÇÃO LEGISLATIVA

A última parte do trabalho irá se preocupar com a assimilação entre a prática jurídica brasileira, no âmbito da Corte Constitucional. Para isso, será realizado um exercício imaginativo, no qual as diretrizes dos teóricos principais – Dworkin e Waldron, servirão como guias direcionadoras. O intuito é justamente verificar o caráter (anti)democrático das conclusões levadas a cabo pelo Poder Judiciário perante as construções de democracia defendidas por ambos os autores.

(1) Inicialmente, trabalhar-se-á com a suposição de que a atuação do STF é discricionária:

Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério*, propõe algumas situações hipotéticas para explicar a intercessão entre a filosofia moral e os direitos constitucionais, sob a lógica interpretativa, em medida estrita ou extensiva. O jusfilósofo estabelece a seguinte metáfora para distinguir o conceito de concepção:

Suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teria em mente exemplos de conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu “significado” se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerara justo (*fair*) era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, e não que eu mudaria

minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo conceito de justiça (*fairness*) e não por alguma *concepção* particular de justiça (*fairness*) que eu tivesse tido em mente. (1985, p. 134)

Em síntese, quando há a formulação de um conceito de justiça, apela-se ao significado de seu conceito, não importando os pontos de vista particulares sobre a questão. Já quando há a concepção de justiça, define-se um sentido para o próprio conceito, colocando-se o ponto de vista particular no cerne do problema. Assim, em relação à justiça, havendo um apelo, coloca-se uma questão moral; formulando-se uma concepção, promove-se uma tentativa de respondê-la. Por consectário lógico, poderia a Suprema Corte, levando a sério um conceito fundado pelos legisladores, definir uma concepção distinta daquela inicialmente prevista na interpretação de cláusulas vagas? (DWORKIN, 1985, p. 134).

Essas cláusulas constitucionais são apelos a conceitos como de devido processo legal, crueldade, igualdade, legalidade. A tônica da compreensão dos conceitos não deve envolver a forma com que os constituintes pensavam acerca desse conceito, ou seja, a concepção a ser desenvolvida pelo tribunal independe do que fora afirmado no passado, salvo as hipóteses em que sejam tais afirmações explícitas. Nesse viés, depreende-se que há uma exigência, do próprio texto constitucional, de que os magistrados realizem uma leitura moral da Constitucional, pelo entendimento dos princípios nela inscritos (DWORKIN, 1985).

De início, aparenta-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal, na ADO nº 26, pode ser justificada pela adoção do princípio da igualdade, sendo essa, portanto, uma leitura da melhor interpretação disponível. No entanto, existe uma ressalva importante a ser feita. Dworkin acredita na possibilidade da revisão judicial, no entanto, não prevê a discricionariedade dos juízes. Um certo espaço de ativismo pode ocorrer, desde que circunscrito pelos limites delineados pela Constituição. Quando os juízes estruturam regulamentações que não foram admitidas ou definidas em momento anterior, devem tomar suas decisões sobre a lei ordinária com base em princípios e não em políticas, conforme distinção já elencada no decorrer do texto²⁸. Em síntese, o espaço para a compreensão é aberto, mas não ilimitado:

Pode parecer que essa flexibilidade destrói a diferença na qual insisto, entre interpretação e uma decisão nova sobre o que Direito deve ser. Não obstante, essa restrição superior existe. O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste, isto é, suas convicções sobre em que medida

²⁸ Vide página 22.

uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira. (DWORKIN, 2005, p. 241)

Nesse sentido, pode-se concluir que, apesar de as decisões da Corte Constitucional possuírem uma continuidade, conforme definido no *HC 82.424/RS* e na ADO 26, não apresentam, contudo, uma coerência de princípio. Isso pois os princípios são caracterizados pela coerência. Como tal, necessitam de um papel de justificação que não se limite à apenas um caso concreto. A mera repetição não é suficiente para tornar uma orientação em princípio, sendo precípua a existência de uma conexão entre a argumentação utilizada e a história institucional. Então, a repetição, como um subproduto da condição de norma, não pode ser assimilada aos princípios. Apenas afirmar um compromisso político e social em ocasiões semelhantes não deve ser considerado como o emprego do princípio jurídico, dado que o direito não funciona apenas como um instrumento. Aquilo que lhe é inerente depende, em larga medida, da legitimidade argumentativa do Poder Judiciário.

Dessarte, não havendo essa legitimidade argumentativa, tampouco uma decisão firmada em princípios, a suposição efetuada leva a crer que a conclusão da ADO nº 26 não é coerente com os preceitos adotados pela teoria de Ronald Dworkin.

(2) Agora, em sentido contrário, ocupar-se-á com a hipótese de atuação do STF sob a perspectiva do direito como integridade.

Dworkin, em diversas passagens de *O Império do Direito*, recorda que o direito como integridade demanda que os juízes reconheçam que o direito é um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade que devem ser aplicados de maneira igualitária em casos semelhantes. Esta ideia pressupõe uma certa compreensão do direito como uma prática enraizada em uma comunidade de princípios, de modo que os princípios devem prevalecer sobre as políticas em caso de colisão (MACEDO JR., 2016, p. 87).

Assim, o direito como integridade reconheceria que os juízes possam assumir atitudes diante do direito distintas daquela do legislador. Isso porque, no *common law*, os juízes devem fundamentar suas decisões a partir de argumentos de princípios; eles precisam empregar argumentos sobre porque as partes possuem os novos direitos e deveres jurídicos impostos à época que agiram (DWORKIN, 1986, p. 244).

Nesse viés, exige-se a identificação da hipótese política subjacente à dimensão de autoridade das instituições que constituem o direito. Por consequência, “o direito como integridade exige do juiz que teste a sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se elas podem fazer parte de uma teoria coerente justificando a rede como um todo” (Dworkin, 1986 *apud* MACEDO JR.,

2016, p. 88). É certo, contudo, que esta tarefa não pode ser feita de forma solitária e de uma só vez por um juiz. Em suas palavras, “nenhum juiz atual pode compor algo próximo de uma interpretação completa de todo o direito de sua comunidade de uma vez. É por isso que nós imaginamos um juiz hercúleo, com talentos super-humanos e tempo ilimitado. Mas um juiz real somente pode imitar Hércules de maneira limitada” (Dworkin, 1986 *apud* MACEDO JR., 2016, p. 88).

Logo, sendo viável ao jurista fornecer soluções e atitudes diferentes daquelas elencadas pelo legislador, entende-se que, o Supremo Tribunal Federal, na conjuntura da ADO nº 26, ao promover uma interpretação extensiva sobre o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, ampliando a conduta do crime de racismo para abranger as condutas homofóbicas e transfóbicas, efetuou uma compreensão do direito como integridade e refletiu uma leitura coerente de princípios através do reconhecimento de um grupo minoritário.

Partindo dessa noção, Cattoni *et. al* (2019), promove uma associação entre a teoria dworkiniana e a atuação do Supremo Tribunal Federal, destacando que o direito exige integridade e coerência interpretativa, Por essa razão o HC 82.424 se traduz não apenas como um precedente importante na jurisdição constitucional, mas como uma ruptura com o modelo de regras e a adoção de um modelo principiológico de interpretação, no qual o Direito seja um sistema que garanta a integridade, tanto por parte do Poder Legislativo, quanto por parte do Poder Judiciário. Com isso,

A referência à integridade visa dar eficiência e coerência interna ao Direito através do uso dos princípios como normas jurídicas. Daí que uma comunidade que aceita ser governada por princípios (comunidade de princípios) e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas nos passado” (comunidade de regras) exige que os juízes, na medida do possível, “tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (Dworkin, 2007 *apud* CATTONI, 2019).

Para mais, em um raciocínio coerente, o conteúdo teórico utilizado pelo STF para justificar a decisão que culminou na criminalização da homofobia, a partir da Lei de Racismo, também exerceria um papel contramajoritário essencial ao exercício das Cortes Constitucionais. Isso pois as estratégias do Tribunal devem buscar a aplicação mais efetiva e imediata dos direitos constitucionais substantivos consistentes com os interesses daqueles que os reivindicam e não tentar acomodar os interesses daqueles que querem subverter tais direitos (DWORKIN, 1986). Conseqüentemente, uma atuação mais proativa do Poder

Judiciário, na defesa das salvaguardas contidas no texto constitucional, principalmente no tocante às minorias, seria respaldada pelas noções acima elencadas.

(3) No tocante à fundamentação calcada por Waldron, a hipótese será esmiuçada a partir da concretização (ou não) dos pressupostos necessários ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Legislativo²⁹.

Caso sejam vislumbrados o bom funcionamento das instituições democráticas, o comprometimento dos indivíduos quanto às prerrogativas fundamentais e aos direitos das minorias, além do estabelecimento de um desacordo razoável que possa produzir resoluções frutíferas, a conclusão será mais contundente. Incumbindo o controle de constitucionalidade ao Poder Legislativo, justamente por ser a arena apta a proporcionar o debate entre os indivíduos acerca do dissenso colocado em pauta, não há que se falar em qualquer legitimidade do Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito da decisão da ADO nº 26.

Ora, o equívoco do Poder Judiciário se torna aparente, em primeiro lugar, por usurpar a competência do Legislativo na edição de normas de Direito Penal, definida pelo art. 22 da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo acaba por desprivilegiar a dignidade da atividade legislativa. Nesse caminho, com o intuito de criticar os excessos promovidos pelo Tribunal, conjuga-se a assertiva constituída pelo teórico com a realidade incipiente do caso analisado:

Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se a realidade for revisionista. (WALDRON, 1999, p. 12)

A interpretação e assimilação do enunciado legislativo pelo Judiciário é problemática, pois o *modus operandi* das Cortes Constitucionais busca refúgios textuais para estruturarem seu raciocínio, de modo que se orientam pelo conteúdo da Carta Fundamental de maneira obsessiva. A Corte direciona os argumentos sobre as teorias da interpretação para respaldar as fundamentações sobre as questões morais. Assim, discute-se mais os mecanismos de interpretação do que os próprios tópicos centrais em debate.

Além disso, a utilização dos precedentes – a exemplo da utilização do *HC 82.424/RS* para embasar a temática decisória da ADO nº 26 – também é controversa. Isso ocorre, pois, a fundamentação dos tribunais envolve tentativas de construir analogias desesperadas entre a hipótese que enfrentam e àquelas que foram tratadas anteriormente e que versavam sobre matéria semelhante. O precedente em si não resolve a questão. Apesar disso, as

²⁹ Vide página 11.

jurisprudências passadas acabam se tornando o núcleo da decisão, enquanto as reais questões no jogo de desacordo são empurradas para a margem, havendo, desse modo, uma recusa na aplicação da lei enquanto texto vigente. Logo, não há uma abordagem real e direta daquilo que é levado às Cortes. Citando caso análogo, no parecer de cinquenta páginas da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade*³⁰, é possível vislumbrar apenas alguns parágrafos que tratam da importância moral do material fulcral da ação, ou seja, pouco se aborda sobre os direitos reprodutivos, mas muito se fala sobre as diversidades de opiniões sobre o assunto e sobre os precedentes reiterados sobre a disciplina.

Por fim, ainda que a ação de inconstitucionalidade permita a intervenção de terceiros, por meio da figura do *amicus curiae*, não há a construção de procedimento majoritário que possa atribuir igual valor e respeito aos indivíduos, já que envolve um comprometimento em dar igual peso ao ponto de vista de cada pessoa no processo no qual um entendimento exsurge como resultado e resolução da questão. Com isso, o desacordo razoável esperado em decisões que versem sobre circunstâncias de política não se manifesta por meio do processo decisório.

Advém dessas colocações que o mérito da ADO nº 26 se afasta, de forma integral, dos pressupostos essenciais à noção de democracia e controle de constitucionalidade defendidos por Jeremy Waldron, haja vista que: (1) existe uma interpretação equivocada acerca do enunciado pela Lei 7.716/1989; (2) há uma extensão contestável do conceito de racismo exarado pelo legislador no momento de edição da norma; (3) verifica-se um uso desmedido dos precedentes, pois se utiliza a interpretação veiculada no mérito do *HC 82.424/RS* para respaldar a decisão proferida, no sentido de fazer com que a Lei de Racismo possa abranger as condutas homofóbicas e transfóbicas; (4) o Poder Judiciário ultrapassa os limites definidos constitucionalmente para ocupar função qualificadora do Poder Legislativo ao enquadrar condutas não previstas pela legislação como se por ela fossem; (5) o procedimento decisório não é realizado pelo Poder Legislativo.

(4) Em percepção oposta, quando não visualizadas as prerrogativas formuladas por Waldron, ainda que o desenlace permaneça o mesmo, as causas pelas quais este acontecerá são distintas.

Isso pois, na conjuntura vertente, quando há um desrespeito dos direitos individuais em virtude da existência de um preconceito sistemático contra minorias estigmatizadas e discretas, Waldron constata a configuração de uma situação atípica. Nessas circunstâncias,

³⁰ No ano de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu a decisão que declarou inconstitucional qualquer lei que proibisse a interrupção voluntária da gravidez até o segundo trimestre de gestação, protegendo-se, portanto, a liberdade individual das mulheres e garantindo-lhes a possibilidade de aborto sem restrições governamentais.

por necessitarem de cuidados especiais, a proteção dos direitos dessas minorias apenas pode ser propiciada por instituições não eleitorais, diante da indisponibilidade das vias de mudança política, desde que as elites judiciais estejam mais aptas a defender tais direitos fundamentais quando comparadas às elites políticas.

No entanto, a possibilidade mencionada pelo autor não produz um âmbito aberto de interpretação. No texto *Judicial Review and Judicial Supremacy*, Waldron estabelece que se uma sociedade possui uma Constituição, geralmente é porque esta foi formulada e ratificada pelo poder advindo dessa própria sociedade. Caso haja a necessidade de alteração ou da criação de emendas constitucionais, essas serão atestadas pelos indivíduos, os quais representam o poder constituinte em si mesmo. A situação dos Tribunais é distinta. Não se pode atribuir a esses a função de emendar o texto constitucional, dado que não podem ser considerados como detentores do poder constituinte, mas como meros representantes do poder constituído (2014, p. 18), de sorte que sua esfera de incidência não deve abarcar a revisão do texto legislativo. Precisamente, lançado à sorte esse contexto, a revisão judicial deixa de promover a proteção dos direitos das minorias, mas serve à apenas um pretexto – o estabelecimento de uma supremacia judicial.

Ao fim e ao cabo, levando esses enunciados em consideração, extrai-se que, não obstante a *judicial review* possa ser efetuada em hipóteses específicas, a exemplo da violação dos direitos das minorias que compõem o grupo LGBTQIA+, a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser direcionada à consecução da proteção dessas salvaguardas sem, contudo, violar a separação dos poderes e a autonomia do Poder Legislativo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transitar entre a democracia e o constitucionalismo sempre desafiou os filósofos do direito. Sopesar ambos é tarefa árdua. Ao mesmo tempo em que a lei escrita, em posição superior hierárquica, se apresenta como rígida e dificilmente mutável, a sociedade, por outro lado, é força motora do poder constituinte originário. Como Negri (2002, p. 214) definiria, a democracia é expressão integral da multidão, radical imanência da potência e exclusão de toda definição externa ao campo da imanência. Conciliar essas características com o poder coercitivo da legislação gera diferentes pontos de vista. O controle de constitucionalidade gera opiniões divergentes e compreensões diametralmente opostas. Dworkin e Waldron, apesar de concordarem em algumas questões, são exemplos dessa amplitude de cognições. Aliás, essa amplitude é vislumbrada no âmbito interno de suas próprias teorias, conforme se pôde observar a partir das hipóteses possíveis que foram traçadas no tópico 04.

Indubitavelmente, os julgamentos proferidos pelas Cortes Constitucionais, a exemplo do que ocorre no Brasil – cujo sistema de controle de constitucionalidade previu mecanismos de controle difuso e concentrado – são motivados pelas questões sociais e pela transformação da própria sociedade no decorrer do tempo. No entanto, resta entender se o poder decisional dos juízes é o mais adequado para equiparar a letra da legislação à atualidade, isto é, há legitimidade democrática nesse mecanismo de atuação? Não seria mais adequado incumbir ao Poder Legislativo, órgão representativo, efetuar essa interpretação?

Foram essas as questões que o artigo em tela buscou responder. Todavia, como grande parte das tentativas de associar a teoria e a prática, a conclusão não será sempre definitiva. Nesse caso não foi. Pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal avançou e se apropriou na competência definida como sendo, pela Constituição Federal de 1988, do Legislativo. Porém, o mérito da decisão pode não ser suficientemente apto a ressaltar a necessidade pela qual o Tribunal Superior promoveu uma interpretação extensiva da Lei de Racismo. É inconteste que a situação vivenciada pela comunidade LGBTQIA+, grupo minoritário e alvo de intensas práticas preconceituosas reiteradas, necessitava ser alterada. A legislação serve para modificar as práticas sociais. O direito possui esse papel. Contudo, a via eleita não foi adequada. Seria mais justo fazer uso do prazo de 30 (trinta) dias preconizado pelo §2º do art. 103 da CF/88. Para Waldron, inclusive, a adoção dessa via seria legítima. Os desacordos políticos seriam ponderados e avaliados com o intuito de se chegar à decisão mais democrática por meio do processo político.

Agora, após a concessão do prazo, caso não fossem tomadas as medidas adequadas pelo Poder Legislativo, a situação mudaria de panorama e a tese *waldroniana* encontraria certa limitação. Uma atuação mais incisiva pelo Judiciário poderia ser requerida. Mas ainda haveria uma problemática a ser solucionada. O caminho argumentativo utilizado, apesar de possuir pontos altos, deveria ser outro. Apenas estender o conceito de racismo utilizado em um *Habeas Corpus* que versava sobre práticas antissemitas não me parece coerente. A interpretação da legislação requer mais do que isso. De acordo com Dworkin são precípuos uma leitura moral e um entendimento do direito como integridade a partir de princípios.

Enfim, o que se tem é que a crítica formulada por Waldron possui razão de ser. O constitucionalismo contemporâneo precisa repensar as práticas democráticas no tocante ao controle de constitucionalidade e, por consequência, adotar medidas de ampliação popular. Sem embargo, sua teoria não poderia ser integralmente aplicada por evidenciar certas lacunas quanto à proteção dos direitos fundamentais das minorias. O mais correto seria alinhar o processo de tomada de decisão democrática com o processo de interpretação do direito

proposto por Dworkin. Nesse sentido, constatou-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi categórica e decisiva para tanto e que o Supremo Tribunal Federal aparenta ser um órgão disfuncional que não privilegia a segurança jurídica.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os Crimes Resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_-03/leis/17716.htm>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO Nº 26**, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. **Habeas Corpus nº82.424-2**. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=79052>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo (org.). **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia: uma crítica da crítica. **Revista Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 5 fev. 2022.

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 2, n. 1, p. 7-22, 1993.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Oxford University Press, New York, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Almedina, Coimbra, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: The theory and practice of equality.** Harvard university press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** The Belknap Press of Harvard. University Press, Cambridge, Mass., 1986.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** OUP Oxford, 1985.

FERNANDES, Renan Barbosa. Controle de Constitucionalidade e Democracia no debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, 130f. **Trabalho de Conclusão de Curso, Orientador: prof. Ronaldo Porto Macedo Junior Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:** São Paulo, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito.** Saraiva: São Paulo, 2014.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON; James. **O Federalista.** Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, p. 11-37, 2017.

LIMA, Jairo Néia. **Democratização do controle de constitucionalidade: análise das emendas constitucionais no Brasil pós-1988.** 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. A fiscalização da inconstitucionalidade por Omissão. **Revista Direito e Liberdade**, v. 14, n. 1, p. 11-46, 2012.

MENDES, Conrado Hubner. Constitutions and institutions: justice, identity, and reform. Judicial review of constitutional amendments in the Brazilian Supreme Court. *In: Florida Journal of International Law.* 2005, vol. 17, n^a 3, p; 449-462.

MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Elsevier, Rio de Janeiro, 2008.

NEGRI. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial.** Entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Revised edition. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o Controle de Constitucionalidade: Deliberação, Diálogo e Razão Prática**. Revista de Direito Administrativo, 2009, nº 250, p. 197-227. WALDRON, Jeremy. **A right-based critique of constitutional rights**. Oxford Journal of Legal Studies, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?**. Verso, 1996.

WALDRON, Jeremy. **Constitutionalism: A Skeptical View**. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87, 2012.

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

WALDRON, Jeremy. **Freeman's defense of judicial review**. Law and Philosophy, 1994, p. 27-41.

WALDRON, Jeremy. **Judicial Review and the Conditions of Democracy**. The Journal of Political Philosophy, 1998, v. 6, p. 335-355.

WALDRON, Jeremy. **Judicial review and Judicial Supremacy**. NYU School of Law, Public Law Research Paper, No. 14-57. 2014.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, New Haven, 2006, p. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge University Press, New York, 1999.