

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DIFÍCEIS: UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA COM BASE EM PRINCÍPIOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE DECISION OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT IN HARD CASES: AN ANALYSIS OF THE LEGAL ARGUMENTS BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES ON CONSTITUTIONALITY CONTROL JUDGMENTS

Júlia Farah Scholz⁷³

RESUMO: Os fundamentos jurídicos contidos nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26 envolvem a colisão de princípios constitucionais de mesmo grau hierárquico, respectivamente: princípio da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e legalidade. A partir da análise desses julgamentos, o problema jurídico ao qual se dedicou a presente pesquisa foi compreender de que modo se deu a fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis em sede de controle de constitucionalidade diante do conflito entre princípios que fundam o Estado Democrático brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Casos difíceis. Ponderação de princípios. Argumentação jurídica. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The legal foundations contained in Declaratory Actions of Constitutionality n. 43 and 44, and Direct Action of

Unconstitutionality by Omission n. 26 involve the collision of constitutional principles of equal hierarchy: the presumption of innocence, human dignity and legality. From the analysis of these judgments, this research aims at understanding how does the Brazilian Federal Supreme Court make its decision in hard cases judgments on regarding constitutionality control were given the conflict between the principles on which underlie the Brazilian Democratic State.

KEYWORDS: Hard cases. Weighing of legal principles. Legal Argumentation. Brazilian Supreme Federal Court. Constitutionality Control.

1. INTRODUÇÃO

A distinção entre Direito e Política, não obstante ser considerada fundamental ao Estado Constitucional Democrático, não mais se faz existente da forma como tradicionalmente se propunha. No plano Legislativo, a separação entre direito e política não se mostra integralmente possível, eis que o processo de criação das leis representa, pelo menos em teoria, a vontade da maioria e o pleno exercício da soberania popular. Porém, quando se parte para a esfera do Judiciário, da aplicação do direito, a separação entre direito e política (no sentido partidário) se mostra essencial, pois o que se espera num julgamento é a tomada de decisões em consonância com a Lei, afastando-se a discricionariedade do julgador.

O problema é que certas questões não podem ser decididas unicamente pela aplicação das leis positivadas, exigindo, principalmente das

⁷³6. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, na área de concentração Teoria e História do Direito. Bolsista pela CAPES-Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Membro do grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica Ius

Commune (UFSC/CNPq). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina, Joinville. Natural de Joinville, estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: juliafarahscholz@gmail.com.

cortes constitucionais, argumento de razão política, ou seja, fatores exteriores ao próprio direito. Alguns desses argumentos políticos estão relacionados a fundamentação dos casos difíceis com base em princípios, e, por conseguinte, da escolha de um deles em preponderância a outro. Essas questões são levantadas pelas duas concepções pós-positivistas aqui trabalhadas: a substancialista, representada principalmente por Ronald Dworkin e a procedimentalista, com destaque para Robert Alexy.

Nesse sentido, a partir da distinção entre direito e política, do estudo das teorias procedimentalista e substancialista, serão analisados os fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26. Feitas essas considerações a respeito dos principais temas abordados na presente pesquisa, o problema jurídico ao qual se teve foi responder ao seguinte questionamento: de que modo se dá a fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis, diante do conflito entre princípios constitucionais? A hipótese levantada é de que, no julgamento de casos difíceis, o Supremo Tribunal Federal tende a utilizar princípios como forma de argumentação jurídica para proferir sua decisão, mas, que, nem sempre há consenso entre os ministros, pois frequentemente estes se deparam com casos em que há choque de princípios constitucionais de mesmo nível hierárquico.

2. Decisões políticas: a atuação do judiciário e a questão da legitimidade democrática

A separação entre Direito e Política (no sentido partidário) é essencial em um Estado Democrático de Direito, objetivando principalmente que as instituições estejam afastadas da sua influência, evitando-se a chamada politização da justiça. Por isso, Barroso (2010b) salienta que na política vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, enquanto que no direito, a base é o primado da lei e os direitos fundamentais. Contudo, a distinção aqui feita não será baseada na política partidária, fruto da soberania popular, mas sim da política como um conjunto de fatores externos aos jurídicos que podem influenciar na tomada de decisões por parte do Judiciário.

Apesar de a distinção entre direito e política ser considerada fundamental ao Estado Constitucional Democrático, tal abismo não mais se faz existente da forma como tradicionalmente se propunha. No plano Legislativo, como bem lembra Barroso (2010b), não há como se separar direito da política partidária, uma vez que o processo Legislativo de criação das leis representa, pelo menos em teoria, a vontade da maioria e o pleno exercício da soberania popular.

Contudo, quando se parte para a esfera do Judiciário, isto é, da aplicação do direito, a separação entre direito e política se mostra possível, tendo em vista que o que se espera num julgamento é a tomada de decisões em

consonância com a Lei, afastando-se a discricionariedade do julgador. Posto isso,

Ao decidir a controvérsia – esse o entendimento tradicional –, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei. Desempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política (BARROSO, 2010a, p.18).

Quanto aos demais poderes, cujos membros são eleitos, há prevalência da política interna e externa, dado que as cadeiras são fruto de um processo político majoritário, estando sua atuação destinada às escolhas discricionárias, procurando atender a demanda da população.

O Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, mas aprovados em concurso público (ao menos no primeiro grau da jurisdição), deve prevalecer a norma, e não a política majoritária. No caso do Supremo Tribunal Federal (STF), contudo, a situação é mais complexa tendo em vista que seus membros não são nem eleitos e nem aprovados em concursos públicos, senão nomeados pelo Chefe do Executivo após aprovação dos nomes pelo Senado Federal. A investidura de seus membros sofrerá, inevitavelmente, influência política.

No desempenho das atividades de controle de constitucionalidade, o STF somente estará legitimado a atuar anulando leis ou atos elaborados pelo Legislativo ou Executivo se estes ofenderem a Constituição, isto é, tamanha intervenção nos demais poderes só se faz legítima se em prol da defesa dos direitos fundamentais e

da ordem democrática. Em consonância com essa função exercida pelo STF, Barroso (2010b, p.15) dirá que:

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável e discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política.

Isto é, a jurisdição constitucional não tem o papel de suprimir a vontade do povo exercida pelos demais poderes estatais, mas sim, de adequar os atos normativos emitidos de forma a adequá-los aos preceitos constitucionais.

As acusações referentes a ilegitimidade democrática dos juízes não-eleitos em anular ou modificar leis e atos tomados pelos representantes do povo, apontam que a chamada “dificuldade contramajoritária” afronta a Constituição. Nesse ponto, Campos (2015, p. 180) salienta:

Tal acusação torna-se ainda mais séria tendo em vista que muitas decisões de inconstitucionalidade tomam por base normas constitucionais abertas portadoras de conteúdo moral – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade – que convidam interpretações distintas de acordo com os valores compartilhados por uma sociedade pluralista, o que recomendaria maior referência às decisões formuladas pela maioria de representantes eleitos dessa sociedade heterogênea.

Nesse sentido, Barroso (2015, p. 19) explica que a doutrina que acusa a chamada “dificuldade contramajoritária” argumenta que:

Vale dizer: onze ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta),

que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”.

Barroso (2015), ao se posicionar em desfavor da doutrina da dificuldade contramajoritária, defende que as críticas em razão do STF não ser composto por membros eleitos não merecem prosperar, pois a prática brasileira já demonstrou que nem sempre as decisões proferidas pelo Congresso Nacional representam a vontade da maioria. Nesse sentido, segue a crítica do autor:

Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Além do já mencionado déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar minorias parlamentares podem funcionar como veto players, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa Legislativa a leva a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento de interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo (BARROSO, 2015, p. 24).

Dessarte, diante da importância de se separar Direito e Política, Appio (2004, p.246) destaca que “a margem de discricionariedade política outorgada pelo próprio constituinte aos governos eleitos não pode ser suprimida por força de uma decisão judicial, sob pena de afronta ao

sistema representativo e indevida invasão de atribuições políticas”.

Em um Estado de Direito, a função da Constituição é a de justamente legitimar e limitar o poder político. Nesses termos, cita-se Barroso (2015, p. 12):

Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões tem a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito.

O problema é que certas questões não podem ser decididas unicamente pela aplicação das leis positivadas, exigindo, principalmente das cortes constitucionais, argumento de razão política. Essas questões são levantadas pelas duas concepções pós-positivistas: substancialista, representada principalmente por Ronald Dworkin e Lênio Streck; e procedimentalista, com destaque para Robert Alexy e Jürgen Habermas (SIMIONI, 2014). Na presente pesquisa serão analisadas tão somente as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

3. O Direito como prática argumentativa: a fundamentação das decisões judiciais com base em princípios

3.1 A Teoria da Argumentação de Princípios de Robert Alexy

Como procedimentalista⁷⁴, a proposta de Robert Alexy era de entender o direito como prática argumentativa, o que o levou a elaborar uma teoria da argumentação jurídica fundada na tentativa de conciliar o positivismo normativo de Hans Kelsen com o jusnaturalismo material de Radbruch, “no âmbito da qual a decisão jurídica pode encontrar tanto a sua justificação interna (validade normativa) quanto a sua justificação externa (correção moral)” (SIMIONI, 2014, p. 234), de modo a garantir a racionalidade das decisões jurídicas.

Por isso, para Alexy, o desenvolvimento de uma teoria procedimentalista da argumentação jurídica auxiliará para fundamentar a decisão jurídica nos casos difíceis. Assim, ao se afastar do positivismo normativismo de Hans Kelsen e introduzir os princípios morais e éticos de Radbruch para dentro do direito positivo, Alexy abre espaço para a argumentação jurídica, deixando de lado o caráter arbitrário e discricionário do decisor.

Não obstante as contribuições da teoria pura do direito, até mesmo Kelsen⁷⁵ afirmou a possibilidade de indeterminação das normas jurídicas, tendo em vista que a passagem de uma norma superior e abstrata para uma norma inferior

e específica produz indeterminações de sentido, e, por isso, para Alexy a escolha de um dentre os vários sentidos da norma não pode ser um ato arbitrário, mas sim fruto de um processo de argumentação jurídica.

Nesse sentido, a decisão jurídica, em Alexy, não pode ser vista como mera aplicação mecânica da lei, tal como proposto pela teoria pura do direito, principalmente porque existem casos difíceis em que a decisão jurídica não pode ser justificada tão somente na norma jurídica positiva, tendo que se recorrer aos princípios morais e valores éticos:

Nesses casos, não é mais suficiente a justificação dessa escolha com base na própria norma jurídica. Nesses casos, torna-se necessário saltar fora do direito para buscar lá na razão prática, lá nos princípios morais, nos valores éticos ou nos ideais políticos de justiça e equidade, os argumentos capazes de produzir justificações convincentes de que a escolha realizada pela decisão jurídica foi adequada ou correta (SIMIONI, 2004, p.237).

Logo, enquanto que nos casos fáceis estes podem ser resolvidos pela aplicação do direito positivo nos moldes projetados pelo positivismo normativo de Kelsen, os chamados casos difíceis que exigem do jurista a necessidade de recorrer a princípios e valores exteriores ao direito. A

vinculação, mas que, contudo, nunca é completa, eis que, pelo caráter geral da primeira não é possível vinculá-la a todas as direções nas quais pode vir a ser aplicada. Por esse motivo, ao executar um ato jurídico, este é em parte determinado pelo Direito e em parte indeterminado, cabendo ao decisor escolher o sentido dentro da moldura do direito. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 388-389).

⁷⁴ O procedimentalismo desenvolve a teoria da argumentação jurídica baseada em regras procedimentais com o objetivo de alcançar o consenso racional, admitindo que os princípios morais e valores éticos não são universais em virtude do multiculturalismo, que fragmenta as convicções morais, não sendo possível generalizar o conteúdo substancial de um princípio moral (SIMIONI, 2014).

⁷⁵Hans Kelsen reconhece que a relação entre uma norma superior e uma inferior é uma relação de determinação ou

decisão jurídica, contudo, não pode estar alicerçada em um ato de vontade, mas sim fruto da argumentação jurídica.

Nesse sentido, Simioni (2004) explica que para Robert Alexy existem situações que são simples - os casos fáceis-, cuja justificativa da decisão se dá tão somente na norma jurídica positiva; mas também há os casos difíceis, os quais demandam a escolha de um entre os vários sentidos possíveis da norma. Tal situação se justifica pois, “em muitos casos, o jurista se depara com a necessidade de recorrer a princípios e valores éticos, ideais políticos e todos os demais elementos deontológicos e axiológicos que interferem na justificação e na correção de uma decisão jurídica” (SIMIONI, 2014, 240).

Alexy, no entanto, compartilha a ideia de Kelsen de que “os princípios morais e os valores éticos já não são passíveis de universalização nas sociedades modernas” (SIMIONI, 2014, p. 247), e por isso, em virtude de o conteúdo substancial de um princípio moral poder ser diferente entre uma comunidade e outra, não se faz possível sua generalização objetiva.

Para tanto, o desenvolvimento de uma teoria de argumentação jurídica⁷⁶ calcada na ponderação de princípios e máxima de proporcionalidade, esta última alcançada pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, permitem justificar racionalmente a decisão jurídica, isto é, a opção pela aplicação de um princípio e não de outro (SIMIONI, 2014).

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy representa o modelo de aplicação dos direitos fundamentais realizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), como ocorreu no famoso caso Lebach⁷⁷ pela aplicação da ponderação, em que o direito à ressocialização prevaleceu sobre o da informação.

No entanto, no Brasil, especialmente por parte do STF, as decisões⁷⁸ proferidas não aparentam guardar relação com o modelo de ponderação de princípios e racionalidade argumentativa propostos por Alexy. Não obstante haver, em muitos casos, referência expressa à proporcionalidade pelos ministros do STF, esta não condiz com o proposto por Alexy, eis que se

⁷⁶Robert Alexy elaborou sua teoria da argumentação jurídica com foco principalmente nos princípios de direitos fundamentais, de maneira a propor um procedimento baseado na ponderação e justificação para resolver os casos de colisão de princípios.

⁷⁷O caso Lebach que resultou na condenação, em 1970, dos autores do assassinato de quatro soldados durante o sono, os quais foram condenados à prisão perpétua e o participe a seis anos de reclusão. Decorridos dois anos uma emissora de televisão editou um documentário relatando o caso contendo uma reconstituição do crime, inclusive anunciando os nomes dos envolvidos, o que levou o participe, o qual estava a prestes a obter o livramento condicional, a requerer provimento judicial para impedir a divulgação do programa, tendo seu pedido sido recusado pela instância ordinária, resultando em interposição de

reclamação constitucional ao TCRFB. No julgamento ocorrido em 1993, o *Bundesverfassungsgericht* entendeu que, não obstante o a prevalência do direito à informação, a ponderação, em função do decurso do tempo desde os fatos, leva a entender que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização do preso. (SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. Revista Consultor Jurídico, 5 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em 19 set. 2019).

⁷⁸Nesse sentido ver decisões proferidas na ADI 2.213 MC/DF, na ADI 1.458-7 de 1996 e n ADPF 45/2004, todas de relatoria do Ministro Celso de Mello.

assemelha a escolha discricionária de um princípio perante os demais, sem apresentar qualquer argumento que justificasse a decisão jurídica.

3.2 Os *hard cases* e a fundamentação da decisão jurídica

Para a visão substancialista⁷⁹ de Ronald Dworkin, não obstante a fragmentação dos valores ocasionada pelo multiculturalismo, existem princípios morais e valores éticos capazes de justificar uma decisão jurídica. Nesse contexto propõe a necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia para a solução dos *hard cases*, aceitando que a decisão de um caso difícil pode se dar em bases políticas.

Os casos difíceis admitem duas ou mais escolhas igualmente corretas do ponto de vista jurídico, sendo a escolha um ato de vontade do decisor cuja justificativa advém do poder discricionário que lhe é atribuído, conforme dita a moldura do direito de Kelsen. Ocorre que para Dworkin,

Essa justificativa da discricionariade da decisão jurídica representa um problema grave para o direito, pois a decisão que cria direito discricionariamente afirma uma contradição insustentável: a decisão afirma que havia um direito preexistente da parte que ganhou a ação e, ao mesmo tempo, cria direito novo (SIMIONI, 2014,340).

Referida situação mostra-se inadmissível em Dworkin, o qual se propõe a demonstrar que até mesmo nos casos difíceis é possível encontrar uma resposta correta do direito. Segundo o filósofo, caso o magistrado utilize de sua discricionariade para julgar esses casos difíceis, incorrerá na criação do direito, o que é inconcebível, uma vez que o Tribunal Constitucional não pode atuar como legislador positivo, caso contrário se estará ponto em risco a unidade da Constituição e toda a ordem democrática (DWORKIN, 2010).

O critério de julgamento não deve, entretanto, estar embasado na opinião pessoal do juiz, mas alicerçados, nesses casos difíceis, em fatores extrajurídicos, podendo inclusive dotar de argumentação política:

Quer dizer, o critério para a função e aplicação de um princípio não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma (DWORKIN, 2010, p. 60).

Nesse sentido, a decisão pode estar fundamentada na argumentação jurídica fruto de políticas públicas ou princípios morais. Os argumentos de política “são baseados na orientação às políticas públicas do governo”, enquanto que os argumentos de princípio “são argumentos baseados nas convicções morais da

⁷⁹Na perspectiva substancialista, a teoria da argumentação jurídica é baseada em princípios e valores substanciais, os

quais seriam capazes de fundamentar racionalmente uma decisão jurídica (SIMIONI, 2014).

comunidade”, buscando demonstrar se a decisão jurídica respeita e garante os direitos individuais e coletivos (SIMIONI, 2014, p. 342).

A título exemplificativo, Simioni (2014, p. 342) expõe o caso do governo instituir uma política afirmativa de inclusão escolar de crianças e esse fato ser utilizado como argumento para a decisão jurídica que proíbe o trabalho infantil no setor agrícola em horário incompatível com o escolar.

Por sua vez, os argumentos de princípios, isto é, morais, quando utilizados para tomar uma decisão jurídica, tendem a respeitar e garantir direito individuais e coletivos, por isso Dworkin (1978, p.82) afirma que “*arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right*”.

Nos casos difíceis, por conseguinte, a escolha de um dentre os vários sentidos pela decisão jurídica, é uma escolha política, pois diante desses casos é preciso extrapolar o direito positivo e recorrer aos argumentos de política e de princípio. Desse modo, “a decisão jurídica precisa, em outras palavras, admitir seu inevitável caráter político e, como tal, procurar justificar-se também politicamente e não só no direito em vigor, já que nos casos difíceis esse direito não é claro” (SIMIONI, 2014, p.345).

Inclusive Kelsen já havia observado que a interpretação autêntica, isto é, a escolha de um dentre vários sentidos por parte dos juízes, é escolha política, e justamente por isso Dworkin propõe que nos casos difíceis a justificativa da

decisão jurídica deve estar subordinada às convicções políticas da comunidade: os princípios (SIMIONI, 2014).

Esses dois argumentos são, portanto, utilizados na justificação de uma decisão jurídica, é por isso que a decisão jurídica nos casos difíceis pode extrapolar o direito positivo. Sendo, pois, uma escolha política, a decisão precisa assumir esse caráter e utilizar tanto argumentos políticos como de princípios na escolha de um dentre várias respostas possíveis. Porém, “ao utilizar argumentos de política, a decisão jurídica se politiza, e isso significa que, como decisão política, a escolha da resposta correta do direito também precisa enfrentar a questão da legitimidade democrática” (SIMIONI, 2014, p. 345).

Ao seguir esse raciocínio, Dworkin (1978) propõe uma distinção entre regras e princípios, tendo dividido estes últimos entre princípios morais e políticas públicas, os quais servem de elementos para a argumentação jurídica para justificar a escolha nos casos difíceis. No caso dos argumentos políticos, estes tendem a demonstrar que a decisão jurídica normalmente está em conformidade com os objetivos políticos da comunidade, em outros termos, “*arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole*” (DWORKIN, 1978, p. 82). A decisão jurídica, por conseguinte, quando calcada em argumentos políticos tende a resolver o caso de acordo com a orientação às políticas públicas do governo.

Com o intuito de evitar a politização da justiça, Dworkin (1978, p. 84-85) propõe que a decisão jurídica utilize apenas argumentos de princípio, justamente porque a argumentação baseada em políticas públicas afronta a legitimidade democrática da decisão jurídica em virtude de os juízes que compõem os tribunais não serem eleitos como representantes políticos do povo tampouco submeterem à opinião pública, caracterizando tal decisão como contramajoritária.

Os princípios morais, por sua vez, refletem os anseios da comunidade expressando a opinião da maioria e expondo a liberdade de consciência dos grupos sociais. Os argumentos de princípio expõem, dessa forma, a integridade moral da comunidade. A respeito desse entendimento de Ronald Dworkin, Simioni (2014, p. 347), conclui que:

Desse modo, com base em princípios de moralidade política, o problema da legitimidade democrática de uma decisão jurídica fica resolvido, já que os juízes que decidem com base em princípios não precisam ser eleitos democraticamente, como se fossem tomar decisões sobre objetivos políticos.

Por tanto, para resolver os casos difíceis, deve recorrer aos argumentos de política e princípios, prevalecendo este último. Não há dúvida, pois, que a decisão jurídica é política, uma vez que ultrapassa os limites do direito positivo e recorre aos princípios da moralidade política para justificar a respeito correta do direito para os casos difíceis.

Não obstante a preferência pelos argumentos de princípio, Dworkin (2001) confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular, podendo, nesse sentido, os direitos fundamentais restringir a soberania do povo com o intuito de resguardar esses direitos e as liberdades individuais. Justamente com o objetivo de se afastar da decisão jurídica discricionária, Dworkin se posiciona contra o positivismo, deixando claro que ao se admitir uma decisão discricionária some a proteção aos direitos individuais. E é justamente nesse sentido que propõe a decisão jurídica alicerçada na justificação do direito, em especial nos argumentos de princípios.

Referida preferência se justifica pois

Segundo Dworkin, os juízes desempenham atividade substancialmente diversa à atividade desenvolvida pelos membros do Poder Legislativo, uma vez que estes foram eleitos para concretizar políticas públicas ditadas pela comunidade; pautam as suas atividades por princípios de política. Os juízes, ao contrário, são guiados, mesmo nos casos difíceis, por argumentos de princípios, não de política (VERBICARO, 2005, p.13).

Apesar dessa distinção, Dworkin aborda a possibilidade de transferirem-se questões políticas ao Judiciário, contudo não utiliza expressamente o termo judicialização da política. Essa transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário possibilita às minorias que seus direitos não sejam afastados, seja pela ineficácia ou falta de representatividade de seus interesses nas instituições majoritárias.

Desse modo,

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2001, p. 25-32).

Nesse viés, para Dworkin o *judicial review*⁸⁰ pode ser visto como instrumento para as minorias terem seus interesses atendidos no Judiciário, podendo inclusive, por intermédio da revisão judicial, decisões de processos majoritários serem invalidadas sob o argumento de serem contrários à Constituição ou à proteção aos direitos fundamentais.

O equilíbrio, portanto, alcançado com a utilização de argumentos de princípio por parte do judiciário, ainda que este esteja atuando na seara política. Para Dworkin (2001, p. 101), "o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral", devendo, inclusive nos casos difíceis, proferir a decisão jurídica com argumentos de princípios, se desvinculando das diretrizes políticas de governo.

4. Controle de Constitucionalidade e a fundamentação com base em princípios

⁸⁰“A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não

As ações selecionadas para a presente pesquisa levam em consideração o amplo debate doutrinário entre juristas brasileiros acerca do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito desses processos em sede de controle de constitucionalidade. Julgamentos como da execução provisória da pena após condenação em segunda instância (ADC n.43 e 44); e a criminalização da homofobia e transfobia (ADO n.26) podem ser considerados casos difíceis por lidarem com o conflito de princípios constitucionais de mesmo grau hierárquico.

4.1 Análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44

Após o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292 em 16 de fevereiro de 2016, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressaram com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, a fim de rever o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC, o qual tem gerado controvérsia entre os juízes acerca do âmbito de aplicabilidade do princípio constitucional da presunção de inocência.

O objetivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 é a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal para determinar a suspensão de

apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura” (DWORKIN, 2001, p. 102).

execução provisória de pena cuja decisão não haja transitado em julgado, e a libertação daqueles que tenham sido presos.

No caso da possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância (ADC's 43 e 44), o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal entra em choque com o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, segundo o qual toda pessoa deve ser presumida como inocente até o trânsito em julgado da ação penal condenatória.

Nas primeiras decisões proferidas nas ADCs 43 e 44 posicionam-se a favor da execução provisória da pena, os ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e TeoriZavaski. Contra a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli.

Para o Ministro Marco Aurélio, relator, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) deve ser considerado constitucional, suspendendo-se as execuções provisórias determinadas após a decisão de 2ª instância, em atenção ao disposto no inciso LVII, do art. 5º, da CRFB/88, de acordo com o qual, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Adotando posicionamento diverso, para o ministro Edson Fachin, apesar de o art. 283 do Código de Processo Penal exigir o trânsito em julgado para o início da execução da pena, os arts. 637 do CPP c/c os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos

do Código de Processo Civil, conferem apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinário e especial, o que permitiria a execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância.

No mês de outubro de 2019 o julgamento foi suspenso após os votos dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que acompanhavam o Relator, o Ministro Marco Aurélio, para julgar procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44 de modo a dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal. Os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso julgavam parcialmente procedentes as ações. De modo diverso dos demais, o voto do Ministro Edson Fachin entendeu pela improcedência das ações.

Da leitura dos votos e das decisões proferidas nas ADC's 43 e 44, e ainda no HC 126.292 percebe-se uma postura contrária ao texto constitucional e aos princípios nele previstos, que destoa das técnicas de argumentação jurídica esperadas. Outra questão em foco é que essas interpretações inovadoras e políticas da Constituição praticadas por aqueles que se posicionaram a favor da execução provisória da pena contribuem para a instabilidade jurídica e insegurança quanto à hierarquia dos princípios constitucionais, e ainda, demonstrando uma postura do Supremo inclinada à desconstitucionalização de um direito fundamental já consolidado.

4.2 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

No ano de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 perante o STF, sob o fundamento de que o Poder Legislativo estava sendo inerte em editar lei que incriminasse quaisquer atos e formas de homofobia e transfobia. De acordo com a inicial, essa atitude se enquadra na redação do art. 5º, inciso XLII da Constituição brasileira de 1988, que dispõe “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nesse sentido, a intenção da ADO 26 era conferir interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989, para que fossem reconhecidos e tipificados como crimes previsto nessa lei, os comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT⁸¹ (BRASIL, 2013). Constava, ainda na inicial, o pedido de reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica dessas condutas.

Consoante a manifestação do Partido Popular Socialista (PPS) nos autos, a homofobia e a transfobia constituiriam espécies do gênero racismo, por se referir àquela ideologia que prega a superioridade/inferioridade de um grupo sobre

o outro, implicando na inferiorização da população LGBT. Ademais, de acordo com a inicial da ação, os atos de a homofobia e a transfobia seriam discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais previstos no art. 5º, inc. XLI, da CRFB/88, violação esta que justifica a tipificação da conduta na lei de criminalização ao racismo, ou ainda, confere maior suporte à necessidade de agilizar a atividade legislativa de promulgação de nova legislação criminal para criação do tipo penal em questão.

A omissão legislativa foi reconhecida pelo STF em fevereiro de 2019, quando foi conferida interpretação conforme a Constituição ao caso, acarretando no enquadramento dos atos de homofobia e a transfobia nos tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo, até que o legislativo edite lei específica. Assim, por uma questão de hermenêutica constitucional, a maioria dos ministros entendeu que os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e de igualdade, os quais são as bases da República do Brasil.

Até então, em fevereiro de 2019, quatro ministros haviam proferido votos a favor do enquadramento da homofobia e transfobia no rol de crimes previsto na Lei nº 7.716/89. O julgamento da ADO 26 havia sido interrompido e,

⁸¹O termo LGBT (lésbicas, gay, bissexuais, travestis e transexuais) passou a ser utilizado com maior frequência no

Brasil após a Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, convocada por meio do Decreto Presidencial de 28 de novembro de 2007.

ao retomá-la em dia 23 de maio de 2019, o Ministro Celso de Mello fez constar nos autos o recebimento de uma petição do Senado Federal comunicando que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania teria aprovado o Projeto de Lei nº 672 de 2019, apresentado em 12 de fevereiro de 2019 pelo Senador Weverton Rocha Marques de Sousa (PDT/MA). O conteúdo do projeto visa alterar a Lei nº 7.716/89 de modo a incluir os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Não obstante o encaminhamento do comunicado pelo Legislativo, o relator da ação, Ministro Celso de Mello, entendeu que a mera aprovação do projeto pela comissão, ainda que em caráter terminativo, não assegura sua aprovação, tendo em vista ser cabível recurso para sua apreciação em plenário. Desse modo, para ser interrompida a mora legislativa, era preciso que o projeto de lei já tivesse sido aprovado pela Câmara dos Deputados e sancionado pela Presidência da República. Os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli tiveram seus votos vencidos, cujo entendimento era de que o julgamento da ADO nº 26 deveria ser suspenso até o pronunciamento final do Legislativo.

Consoante os fundamentos utilizados pelo Ministro Alexandre de Moraes, o legislador brasileiro estaria atrasando uma efetiva proteção legal aos direitos fundamentais de toda a comunidade LGBT, principalmente no que tange

a produção de normas penais que reprimissem contra qualquer tipo de discriminação, nos termos exigidos pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No dia 13 de junho de 2019, os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor do enquadramento da homofobia e da transfobia no tipo penal previsto na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite norma sobre o assunto. Restaram vencidos os votos dos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, os quais entenderam que a criminalização de uma conduta só pode ocorrer mediante lei aprovada pelo Congresso Nacional, em respeito ao princípio da reserva legal previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da CRFB/88. Nesse sentido, consoante o voto do ministro Ricardo Lewandowski⁸²:

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.

Em relação ao voto do ministro Marco Aurélio, este não reconheceu a mora legislativa, tendo defendido que devem ser respeitados os

⁸²A íntegra do voto do Ministro Ricardo Lewandowski está disponível no portal de notícias do STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 26 set.2019.

limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais, princípios estes igualmente importantes para a manutenção do Estado Democrático de Direito e previstos no texto constitucional.

A decisão do Tribunal Pleno julgou parcialmente os pedidos da ADO 26, tendo julgado procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, o reconhecimento do estado de mora inconstitucional e omissão do legislativo federal em cumprir os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição⁸³, de modo a editar lei que conferisse proteção penal aos integrantes do grupo LGBT+; e dar interpretação conforme à Constituição, em atenção aos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para enquadrar 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, editada pelo Congresso Nacional.

Nos termos do julgamento, as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão

de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I.).

Na mesma data, o Senado Federal publicou nota oficial⁸⁴ a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, informando que, não obstante o julgamento da Corte a favor da aplicação da legislação antirracismo para punir a homotransfobia, a citada casa legislativa havia

⁸³ De acordo com os incisos XLI e XLII, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁸⁴No dia 13 de junho de 2019, o Senado Federal publicou a seguinte nota: Presidência do Senado divulga nota sobre

decisão do STF de criminalizar a homotransfobia. Íntegra disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/13/presidencia-do-senado-divulga-nota-sobre-decisao-do-stf-de-criminalizar-a-homotransfobia>>. Acesso em: 26 ago.2019.

encaminhado parecer informando a aprovação, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Projeto de Lei (PL) 672/2019, que inclui, na Lei de Racismo, a discriminação por orientação sexual ou de identidade de gênero. Uma vez que a decisão do Supremo Tribunal se deu em razão da omissão legislativa em editar lei que punisse a discriminação contra homossexuais e transexuais, o Senado demonstrou claramente, em nota, a discordância com a postura assumida pela Corte:

Diante do exposto, ressalta-se que a Constituição Federal assegura ao Congresso Nacional a atribuição de legislar. O Parlamento respeita a decisão do Poder Judiciário na sua independência e autoridade para dirimir conflitos constitucionais, mas não pode aceitar a interpretação de que é omissor, uma vez que se guia pela devido respeito à democracia e à pluralidade de opiniões, representadas nos diferentes parlamentares eleitos pelo povo.

Percebe-se que, diante da omissão e mora do Poder Legislativo em editar norma penal que proteja os grupos vulneráveis e concretize o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o Supremo Tribunal Federal promoveu a interpretação da Constituição sem ponderar princípios colidentes, especialmente o princípio da legalidade (reserva legal) na tipificação de condutas penais. O critério *nullum crimen, nulla poena sine lege*, incorporado à Constituição brasileira sob o princípio da legalidade e expressamente previsto tanto no texto

constitucional como na legislação especial, é a garantia do cidadão contra arbitrariedades no exercício do direito de punir do Estado.

Diante de um conflito entre princípios constitucionais, no caso da ADO 26⁸⁵, observa-se a ausência de técnicas de argumentação jurídica ou de ponderação de princípios no julgamento parcial da ação. Ao reconhecer a omissão legislativa e dar interpretação conforme a Constituição Federal para enquadrar atos de homofobia e de transfobianos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 - que define os crimes de racismo - o Supremo Tribunal Federal fundamentou sua decisão com base em normas de caráter principiológico e, por vezes, de conteúdo aberto, o que exige maior fundamentação jurídica para que não haja a violação de outros princípios igualmente importantes. Nesse sentido, ao promover a criação de um tipo penal incriminador por meio da analogia, o Supremo Tribunal parece ter violado o princípio da legalidade previsto no texto constitucional em seu art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Por mais que o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana seja um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como exposto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição, está em mesmo nível hierárquico com o princípio da

⁸⁵ Ressalta-se que, ao longo da elaboração da presente pesquisa a ADO 26 não teve seu julgamento encerrado, tendo o presente artigo se atentado à movimentação

processual e decisões proferidas até a data de 1º de julho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>.

legalidade, e, neste caso, tomando como base a teoria de Robert Alexy apresentada nesta pesquisa, diante de um choque de princípios de mesmo grau hierárquicos é preciso que a decisão jurídica seja tomada por meio da ponderação de princípios e máxima de proporcionalidade evitando a escolha discricionária do julgador.

Por mais que “no Estado Democrático de Direito ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (STRECK, 2014, p.64), sendo de competência do Supremo Tribunal Federal zelar pela garantia dos direitos fundamentais e princípios democráticos nos quais se fundamenta a República Brasileira.

Como bem destaca o professor Lênio Luiz Streck, a Constituição atua como instrumento dirigente-compromissário valorativo-principiológico, e “na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados” (STRECK, 2014, p. 65).

Desse modo, não obstante a realização dos direitos fundamentais seja a base do Estado Democrático de Direito, a intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade quando princípios basilares da República entram em colisão, requer práticas argumentativas guiadas pelo critério da proporcionalidade a fim de não comprometer a vigência e aplicabilidade dos demais princípios, tampouco prejudicar grupos minoritários que

dependem da justiça constitucional para efetivação de seus direitos.

5. Considerações Finais

A análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 permitem vislumbrar um tipo de decisão judicial proferida com base na interpretação de princípios constitucionais, de mesmo nível hierárquico, em que a hermenêutica constitucional promovida pelo Supremo Tribunal Federal parece destoar da teoria de argumentação jurídica proposta por Robert Alexy. Não obstante haver, em muitos casos, referência expressa à proporcionalidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, esta não condiz com o que o autor propôs, eis que as decisões se assemelham a mera escolha discricionária de um princípio perante os demais, sem apresentar qualquer fundamento racional ou prática argumentativa que justifique a decisão jurídica.

No caso da ADO 26, ainda que a proteção à comunidade LGBT+ fosse o principal objetivo e intenção da Corte como guardião da Constituição, o julgamento não poderia se dar unicamente pela aplicação das leis positivadas, exigindo, argumentos de razão política, ou seja, fatores exteriores ao próprio direito: princípios. No entanto, a decisão judicial com base em princípios constitucionais de igual hierarquia requer fundamentação jurídica e técnicas argumentativas, evitando-se a escolha

discricionária. Porém, aparentemente as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade não guardam relação com o modelo de ponderação de princípios e racionalidade argumentativa propostos por Alexy, eis que, do teor das decisões analisadas, não se observam práticas argumentativas relacionadas ao conflito dos votos dos ministros com os princípios da presunção de inocência (ADC 43 e 44) e da legalidade (ADO 26), tampouco ponderação e proporcionalidade na escolha do princípio preponderante.

Apesar de que, no âmbito da ADO n. 26 o intuito dos ministros seja o de efetivar e garantir o direito das minorias, uma decisão dando preferência ao princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento dos princípios da legalidade e reserva legal, pode acarretar na invasão de atividades típicas do Poder Legislativo, comprometendo garantias jurídicas previamente consolidadas e positivadas. Isso significa que, ao se permitir que o Supremo Tribunal Federal em alguns julgamentos decida além de sua competência para a benesse da população, é também abrir espaço para que interfira em decisões que prejudicam os grupos minoritários, tal como aconteceu com a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância.

São as duas faces do Supremo Tribunal Federal: de um lado guardião da Constituição, garantindo por meio do julgamento das ações de controle de constitucionalidade os direitos fundamentais da pessoa humana aos grupos

minoritários; e, de outro, interferindo na competência originária do Poder Legislativo ao se afastar da função de garante da ordem constitucional, do princípio democrático de separação e harmonia dos poderes estatais.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=67655>. Acesso em 06 set. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 05-43, fev/mai 2010a.

_____. No mundo ideal o direito é imune à política, no mundo real não. **Revista Consultor Jurídico**, Online, 16 de fevereiro de 2010b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>>. Acesso em: 08 mai.2019.

_____. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, p.3-34, 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 ago.2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**, Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**, Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Plenário Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADOM&s1=26&processo=2>> Acesso em: 20 set.2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, p.177-207, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Revista Consultor Jurídico**, Online, 5 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em 19 set. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarorro. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. 22.ed. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STF. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 19.set. 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI** - Fortaleza: Boiteuax, 2005.