

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Sérgio Elemar Leonhardt Junior

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS: UMA ANÁLISE DAS  
DECISÕES EM DEMANDAS RELATIVAS À NÃO DISCRIMINAÇÃO E  
REALIZAÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE**

Santa Cruz do Sul  
2019

### CIP - Catalogação na Publicação

Leonhardt Junior, Sérgio Elemar

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS : UMA ANÁLISE DAS  
DECISÕES EM DEMANDAS RELATIVAS À NÃO DISCRIMINAÇÃO E REALIZAÇÃO  
DO DIREITO DE IGUALDADE / Sérgio Elemar Leonhardt Junior. – 2019.  
129 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz  
do Sul, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Mônia Clarissa Hennig Leal.

1. Constituição. 2. Controle de Constitucionalidade. 3.  
Proteção de Minorias. 4. Igualdade. I. Hennig Leal, Mônia  
Clarissa. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sérgio Elemar Leonhardt Junior

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS: UMA ANÁLISE DAS  
DECISÕES EM DEMANDAS RELATIVAS À NÃO DISCRIMINAÇÃO E  
REALIZAÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado - da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo.

Orientadora: Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Santa Cruz do Sul

2019

Sérgio Elemar Leonhardt Junior

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS: UMA ANÁLISE DAS  
DECISÕES EM DEMANDAS RELATIVAS À NÃO DISCRIMINAÇÃO E  
REALIZAÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal  
Professor Orientador

Profa. Dra. Maitê Damé Teixeira Lemos  
Professor Convidado

Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo  
Professor Convidado

## RESUMO

A temática das minorias perante o Supremo Tribunal Federal ganhou mais notoriedade a partir da Constituição Federal de 1988, e vem se estabelecendo cada vez mais, mostrando-se importante perceber a forma como o Supremo Tribunal Federal se posiciona e quais os critérios e instrumentos utiliza nas decisões que tratam da não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias. Tendo-se os princípios da igualdade e da dignidade humana como fundamentos da ordem jurídico-constitucional brasileira, discriminações fundadas em origem, raça, sexo, cor, idade são evidentes violações desses princípios. Dessa forma, a Justiça brasileira tem recebido demandas que tratam da não discriminação de grupos sociais minoritários, as quais buscam garantir, por meio do Poder Judiciário, a realização do direito de igualdade. Nesse contexto, surge o seguinte questionamento: quais os critérios e instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADIs e ADCs) compreendidas entre os anos de 2016 e 2017, nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e pessoas com deficiências? Nesse cenário, explanou-se acerca dos Direitos Fundamentais, a partir da ideia de sua função como trunfo das minorias em relação às majorias, bem como discorreu-se quanto à necessidade de proteção das minorias no contexto democrático, evidenciando a vocação de proteção das minorias da Constituição Federal de 1988. Além disso, dissertou-se quanto ao Supremo Tribunal Federal e sua atuação como guardião da Constituição Federal e dos direitos das minorias, bem como acerca da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo em face do princípio de separação de Poderes. Posteriormente, analisou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade compreendidas entre os anos de 2016 e 2017, nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e de pessoas com deficiências, verificando se há ou não a utilização de critérios ou instrumentos pelo Supremo Tribunal Federal. Foram utilizadas as técnicas bibliográfica e documental e o método dedutivo. Por fim, realizada a análise das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, especificamente a ADC 41/DF, ADI 5.357/DF e ADI 4.439/DF, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal, nas decisões proferidas nas referidas ações, não possui critérios ou instrumentos próprios nas decisões que tratam de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias, apreciando as situações de forma casuística.

**Palavras-chave:** Constituição. Controle de Constitucionalidade. Proteção de Minorias. Igualdade. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The Federal Supreme Court has gained more recognition of the Federal Constitution of 1988, and has been increasingly established, proving to be important Decisions that deal with non-discrimination and the realization of the right to equality of minorities. The principles of debt and human dignity as foundations of the Brazilian legal-constitutional order, discrimination based on origin, race, sex, religion are evident violations of these principles. Thus, the Brazilian courts have sought to deal with cases of social minorities, such as those seeking to ensure, through the judiciary, the realization of the right to equality. In the context, the following question arises: what are the indicators and instruments used by the Federal Supreme Court in the process of reviewing constitutional databases (ADIs and ADCs). of non-discrimination and realization of the rights of racial minorities and people with disabilities? Subject scenario, he explained about Human Rights, from an idea of its function as a traffic of minorities in a democratic context, evidencing a vocation of protection of the minorities of the Federal Constitution of 1988. In addition, he spoke about the Federal Supreme Court and its role as guardian of the Federal Constitution and the rights of minorities, as well as about the relationship between the Judiciary and the Legislature in the face of the principle of separation of Powers. Subsequently, the action of the Federal Supreme Court in the trial of actions in the context of a concentrated constitutionality control between the years 2016 and 2017, in the decisions regarding public policies of non-discrimination and realization of the right to equality of racial and ethnic minorities, was analyzed. of persons with disabilities, verifying whether or not the use of criteria or instruments by the Federal Supreme Court. The bibliographical and documentary techniques and the deductive method were used. Finally, the analysis of the decisions handed down in the actions of concentrated control of constitutionality, specifically ADC 41 / DF, ADI 5,357 / DF and ADI 4.439 / DF, was carried out, it was noticed that the Federal Supreme Court, in the decisions rendered in said actions, does not have criteria or instruments decisions on public policies of non-discrimination and realization of the right to equality of minorities, assessing situations in a casuistic way.

**Keywords:** Constitution. Control of Constitutionality. Protection of Minorities. Equality. Federal Court of Justice.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS .....	13
2.1 Direitos Fundamentais como trunfo das minorias em relação às maiorias.....	13
2.2 A necessidade de proteção das minorias no contexto democrático.....	23
2.3 A vocação de proteção das minorias da Constituição Federal de 1988.....	32
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS .....	41
3.1 O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal e o seu papel contramajoritário .....	41
3.2 O Supremo Tribunal Federal e a não discriminação e realização dos direitos das minorias .....	49
3.3 A relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo na proteção do direito das minorias em face do princípio da separação de Poderes .....	57
4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE NÃO DISCRIMINAÇÃO E REALIZAÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE DAS MINORIAS .....	70
4.1 A atuação do Supremo Tribunal Federal: explanação dos casos a serem analisados (ADC 41/DF, ADI 5.357 DF e ADI 4.439/DF).....	70
4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal: explanação das decisões.....	83
4.2.1 Da ação declaratória de constitucionalidade 41/DF .....	83
4.2.2 Da ação direta de inconstitucionalidade 5.357/DF .....	93
4.2.3 Da ação direta de inconstitucionalidade 4.439/DF .....	97
4.3 Os critérios e/ou instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias .....	108
5 CONCLUSÃO .....	117
REFERÊNCIAS.....	121

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do pós-Segunda Guerra Mundial, o Constitucionalismo Contemporâneo começou a tomar forma. No entanto, a constituição, como lei máxima do Estado, nasce na modernidade, com a revolução francesa de 1789, eis que com o fim do modelo feudal cresce a teoria do contrato social, onde o Estado é criado por indivíduos livres e iguais para proteger seus direitos e liberdades.

As constituições contemporâneas, especialmente após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, atestaram uma preocupação jamais vista com a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais, os fortalecendo como vetores para toda a atuação estatal, munidos não apenas de conteúdo subjetivo, mas agora objetivo.

São constituições com conteúdo político, isto é, abarcam também os princípios de legitimação do poder (e não apenas de sua organização). Assim, o campo constitucional é ampliado para englobar toda a sociedade, e não somente o Estado. A partir disso, o Estado passa a interceder diretamente em questões sociais, nas quais antes figurava como mero expectador.

As constituições, então, passam a prever normas de ordem social, cultural e econômica, objetivando a redução das desigualdades sociais, bem como promovendo o estímulo ao desenvolvimento nacional. Dessa forma, juntamente com as liberdades negativas, passaram também a fazer parte de diversas constituições as chamadas liberdades positivas, tidas como o conjunto de direitos que, baseados no princípio da dignidade humana, atribui ao Estado a realização de diversas ações, tendo como objetivo a obtenção da igualdade substancial (e não apenas formal) entre os indivíduos.

Os direitos fundamentais, nesse contexto, assumem papel de suma importância na proteção das minorias em relação às maiorias. Nessa perspectiva, ter um direito fundamental, em um Estado Democrático de Direito, seria como ter um trunfo num jogo de cartas, isto é, a carta de trunfo sobressair-se-ia sobre as demais, mesmo sobre as de valor maior.

Assim, tratando-se de um sistema jurídico de Estado Democrático de Direito, bem como tendo em vista que o outro “jogador” é o Estado, possuir um direito fundamental vale como um trunfo contra o Estado, face ao Governo



democraticamente legítimo. Dessa forma, tratando-se de um regime político baseado na regra da maioria, ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria.

Percebe-se, pois, a função decisiva desempenhada pelos direitos fundamentais em um regime democrático: a garantia das minorias contra eventuais desvios realizados pela maioria no poder. Nesse ponto, nota-se um vínculo de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia.

Apesar da função desempenhada pelo princípio da maioria em um Estado democrático, uma coletividade política na qual as decisões da maioria são consideradas válidas em quaisquer situações é possível que se apresente como um estado não democrático. Mais do que um conceito procedimental, formal, que absolutiza a decisão da maioria, a democracia indica uma feição material, garantidora, dentre outras coisas, de uma esfera protegida à atuação da minoria.

Importa mencionar, contudo, que a democracia não é uma conquista consolidada, mas um processo que requer constante promoção, desenvolvimento e aprendizado. Ainda que não se restrinja a noção de governo da maioria, esta é a concepção mais conhecida e aceita, aplicada também fora dos espaços públicos. Contudo, outro aspecto que a democracia abarca torna-se relevante mais recentemente, considerando a própria dinâmica pela qual passam os conceitos abrangentes e informadores de uma sociedade.

Em razão das novas demandas sociais, do alargamento do espaço público a novos atores e da relevância histórica que marca a Constituição brasileira de 1988, o respeito às diferenças – e a consideração das minorias também envolvidas no processo democrático – ascendem como valor a ser preservado ao lado das deliberações majoritárias.

Nesse aspecto, para a obtenção da igualdade, faz-se necessário levar em consideração as distinções e as peculiaridades humanas em todos os seus sentidos. Dessa forma, necessária a igual consideração do outro em suas particularidades e idiosincrasias, uma vez que, em uma sociedade marcada pelo pluralismo, somente haverá igualdade com o igual respeito às diferenças. Afinal, em um Estado Democrático, a igualdade manifesta uma normatividade constitucional na acepção de reconhecimento e proteção das minorias.

Em um contexto democrático, onde há um Estado constitucional de direito, tem-se mais do que o governo da maioria, tem-se o governo para todos, o que engloba não apenas as minorias – raciais, etárias, culturais –, mas também as coletividades de menor expressão política, ainda que não numericamente minoritários. Dessa forma, a fim de possibilitar a realização da democracia nessa proporção, institui-se ao Estado não somente a observância aos direitos individuais, mas, de igual sorte, a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, essenciais para a conquista do grau mínimo de igualdade material, sem o qual não há que se falar em vida digna.

O direito das minorias é uma realidade bastante presente nos debates do Estado Brasileiro, talvez em razão da diversidade étnico-cultural que compõe a sociedade brasileira, diversidade esta assegurada pelo Estado Democrático de Direito como expressão máxima da própria democracia e cidadania. Os grupos sociais excluídos, marginalizados, que consideram seus direitos hostilizados, devem buscar a proteção dos mesmos como forma de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, intrínseca à condição de ser humano, sendo este um dos fundamentos da Carta Magna de 1988.

As garantias constitucionais objetivam o respeito às minorias e a concretização da igualdade substancial, que presume o respeito às diferenças, sem qualquer forma de discriminação, não se justificando qualquer ato de preconceito social e/ou discriminação, adverso à dignidade da pessoa humana e ao exercício da democracia.

Os direitos humanos e fundamentais formam o conjunto dos direitos tidos como indispensáveis e essenciais para a vida pautada na igualdade, liberdade e dignidade. Da mesma forma, a nova ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, traz a dignidade da pessoa humana e a igualdade como alguns de seus fundamentos. Assim, um das bases fundamentais dos direitos humanos e fundamentais, bem como da ordem constitucional brasileira, são os princípios da igualdade e dignidade.

Discriminação e perseguição fundada em raça, etnia, condição socioeconômica ou opção sexual são claras violações desses princípios. Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro tem recebido elevado número de demandas que versam quanto a não-discriminação e realização do direito de igualdade das minorias.

Desse modo, a dissertação encontra ligação direta com as pesquisas desenvolvidas na área do Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós

Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, bem como com as pesquisas desenvolvidas no grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos” do PPGD/UNISC.

Ainda, considerando que a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias está diretamente ligada ao instituto da jurisdição constitucional, a pesquisa demonstra-se relevante, uma vez que possui evidente ligação com a linha de pesquisa da orientadora, que ministra na instituição a disciplina de “Jurisdição Constitucional”.

Eis que, então, surge o tema central desta dissertação: o Supremo Tribunal Federal e seus critérios de decisão adotados em feitos que tratam de políticas públicas referentes à não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias. Desse forma, analisar-se-ão as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade) sobre o tema, no período de 2016 a 2017, especialmente a ADC 41/DF, ADI 5.357/DF e ADI 4.439/DF, pois tratam justamente do tema do presente trabalho.

Como critério para a noção de “minorias”, adotar-se-á a própria previsão constitucional contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, serão analisadas decisões que tratem da não discriminação de grupos minoritários.

Tendo-se os princípios da igualdade e da dignidade humana como fundamentos da ordem jurídico-constitucional brasileira, discriminações fundadas em origem, raça, sexo, cor, idade são evidentes violações desses princípios. Dessa forma, a Justiça brasileira tem recebido demandas que tratam da não discriminação de grupos sociais minoritários, as quais buscam garantir, por meio do Poder Judiciário, a realização do direito de igualdade.

Nesse contexto, surge o seguinte questionamento: quais os critérios e instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade, compreendidas entre os anos de 2016 e 2017, nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e

realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e pessoas com deficiências?

Inicialmente, foram elaboradas duas hipóteses para responder ao problema suscitado: 1. O Supremo Tribunal Federal não possui critérios ou instrumentos próprios nas decisões que tratam de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias, apreciando as situações de forma casuística; 2. O Supremo Tribunal Federal tem adotado como critério/instrumento nas decisões que tratam de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias uma atuação baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade, valendo-se, para tanto, da formulação de elementos voltados à operacionalização da proteção dessas minorias.

Para dar início à pesquisa, far-se-á uma explanação acerca dos Direitos Fundamentais, a partir da ideia de sua função como trunfo das minorias em relação às majorias, bem como discorrer-se-á quanto à necessidade de proteção das minorias no contexto democrático, evidenciando a vocação de proteção das minorias da Constituição Federal de 1988.

Ainda na primeira parte do trabalho, mas já no segundo capítulo, dissertar-se-á quanto ao Supremo Tribunal Federal e sua atuação como guardião da Constituição Federal e dos direitos das minorias, bem como acerca da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo em face do princípio de separação de Poderes.

No terceiro e último capítulo da pesquisa, analisar-se-á a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade, compreendidas entre os anos de 2016 e 2017, nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e pessoas com deficiências, verificando quais os critérios ou instrumentos que o Supremo Tribunal Federal utiliza.

Ao final, no desfecho desta pesquisa, apresentam-se as conclusões que destinam-se a responder o problema suscitado mediante a comprovação de uma de suas hipóteses, conduzindo-se, assim, a uma possível direção que auxilie no crescimento das esferas jurídica e política.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Ao longo dos séculos da história da humanidade, as minorias têm sido rechaçadas ou discriminadas, o que atenta ao princípio da dignidade, inerente a todo ser humano. Em um Estado Democrático de Direito, todos os seres humanos devem ter seus direitos fundamentais garantidos, excluindo-se, assim, qualquer forma de discriminação.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como normas constitucionais de caráter principiológico, que visam proteger diretamente a dignidade humana nas suas diferentes manifestações.

Neste contexto, arriscado - ou até mesmo inconcebível - pensar no ordenamento jurídico constitucional de modo afastado dos direitos fundamentais, uma vez que a Carta Magna de 88 apresenta um amplo rol de direitos aos cidadãos, restando inequívoca a relevância que tais direitos representam para a população, ao cessarem com uma herança totalitária de anos de repressão e usurpação de direitos, instaurando um país que objetiva alcançar o respeito às diferenças.

### 2.1 Direitos Fundamentais como trunfo das minorias em relação às maiorias

A ideia de proteção do homem é vetusta, tão antiga que se dispersa no tempo, surge nas normas religiosas que são o princípio da civilização, bem como suas origens filosóficas mais remotas são dos primórdios da civilização (GORCZEVSKI, 2009).

Ligado às violações de direitos nos regimes autoritários e à crença de que parte dessas brutais violações poderiam ter sido evitadas caso houvesse um sistema de proteção internacional de direitos humanos, motivou, segundo Guerra (2014) a criação das Organização das Nações Unidas, em 1945.

Outrossim, no que toca a conquista dos direito humanos:

É importante não esquecer que a conquista destes direitos não foi uma etapa pacífica e calma na história da humanidade: houve revoluções, guerras sangrentas, genocídios. Hoje consideramos intolerável a escravatura, os maus-tratos, as penas corporais, a discriminação em função da raça, da religião ou da cor (HOMEM, 2014, p.16).

Nesse sentido, verifica-se que, no pós-guerra, o foco dos estudos desloca-se para os direitos humanos e fundamentais, onde a dignidade humana ganha destaque no cenário internacional, firmando a ideia de limitação da soberania do Estado e

admitindo que as pessoas possuam direitos inerentes à sua existência, devendo estes serem resguardados. Assim, a pessoa humana obtém maior importância com a internacionalização dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial (GUERRA, 2014).

Nesse contexto, Homem (2014) leciona que foram estabelecidos os direitos dos homens e dos povos como uma de suas principais linhas de ação, objetivando a paz nas relações internas entre os Estados. Para tanto, é exercido o princípio da igualdade dos povos e o direito à autodeterminação, abrindo as portas para o processo de descolonização e independência progressiva dos Estados.

Nesse sentido, os direitos humanos constituem o composto dos direitos considerados como imprescindíveis e substanciais para a vida pautada na igualdade, liberdade e dignidade. Nesse contexto, não há catalogação predeterminada de direitos basilares mínimos para uma vida digna, uma vez que as necessidades humanas diversificam-se e, levando em consideração a conjuntura histórica de uma época, novos pleitos são trazidos juridicamente e inseridos na lista dos direitos humanos (RAMOS, 2015). Nesse contexto, tem-se que:

Trata-se de uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que estão garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que são direitos inerentes ao ser humano. Inerentes no sentido de que não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca; e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida; e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política em qualquer lugar (GORCZEVSKI, 2009, p.20).

Existem documentos que comprovam a preocupação com a temática dos direitos humanos no período de 4000 a.C. Embora os valores da sociedade antiga eram bem diferentes dos atuais, subsistem traços dessa preocupação no Código de Hamurábi e na Lei das Doze Tábuas (MALHEIRO, 2016).

A primeira positivação global e com expressividade constitucional dos direitos fundamentais, na acepção moderna, foi o Bill of Rights (Declaração de Direitos), de Virgínia. Dita Declaração, em seu artigo primeiro, estabelece que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem determinados direitos que lhes são inerentes (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

É possível citar diversas manifestações significativas quanto à proteção dos direitos do homem (Magna Carta em 1215, o Bill of Rights em 1689, a Declaração

Norte-americana de Independência de 1776 e a Declaração Francesa de 1789), porém o maior marco histórico de reestruturação e da internacionalização dos direitos humanos se dá em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos (GORCZEVSKI, 2009).

As experiências de conceituar o que são os direitos humanos geram dúvidas e não o delinham. Para melhor reconhecê-los deve-se ter em mente de que estes direitos dispõem de alguns atributos inerentes, que se descobrem com sua natureza, uma vez que integram a própria essência, distinguindo-se de outros direitos. No entanto, parece não persistir incertezas de que há no inconsciente de todos seres humanos a segurança de que existem alguns direitos considerados “mais” direitos do que os outros, direitos estes que têm de ser de todos os homens (GORCZEVSKI, 2009).

Bittar (2016) certifica que toda a ética dos direitos humanos deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e que este metaprincípio tem valor de suma importância para o método de afirmação efetiva dos direitos humanos. Para o autor, a condição humana deve ser largamente reconhecida e protegida. Nessa acepção:

O respeito à pessoa humana reclama, por isso, o amplo acolhimento da diversidade contida no interior da semântica do que seja a “pessoa humana”. Se os termos “dignidade”, “homem”, “humanidade” são abstratos demais, isso não invalida que a expressão seja tão ampla e tão vasta em sua significação para conter a vasta perspectiva de acolhimento a uma multiplicidade colorida de formas e expressões do que seja o humano. A expressão “dignidade humana” torna possível que em nossa avaliação esteja a ideia de que sejamos iguais na diferença [...]. Isso quer dizer que o universalismo da expressão não impede que haja o reconhecimento de que todos são diferentes entre si, e, de que isso é propriamente o ser do ser humano, se considerado em sua singularidade. Apesar de inseridos no todo social, preservamos a singularidade de nossa existência como indivíduos; apesar de sermos indivíduos, não se pode deixar de considerar o fato de que não há indivíduo sem coletividade. Dessa tensão, nutre-se todo o debate a respeito das tarefas da Constituição num contexto democrático (BITTAR, 2016, p.74).

Assim, inaugura-se uma nova época em relação aos direitos humanos, uma vez que são estabelecidos direitos para todos, independentemente de sexo, cor, raça, idioma, religião, opinião, etc (GUERRA, 2014).

A partir do pós-Segunda Guerra Mundial, o Constitucionalismo Contemporâneo começou a tomar forma. Porém, a constituição, como lei máxima do Estado, nasce na modernidade, com a revolução francesa de 1789, eis que com o fim do modelo feudal

crece a teoria do contrato social, onde o Estado é criado por indivíduos livres e iguais para resguardar seus direitos e liberdades (LEAL, 2007).

Barroso (2017) ressalta que, como já mencionado, no princípio da humanidade prevalecia a força, cada um por si. Depois instituíram-se as famílias, as tribos e a sociedade primitiva. Após, surgiram os mitos e os deuses. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Ao passo que, com o constitucionalismo, o Estado é fundado e legitimado pelo consenso racional dos indivíduos, sendo uma comunidade que trabalha em prol do interesse comum de homens livres, iguais e autodeterminados (LEAL, 2007).

Este processo se dá com o advento do Estado Liberal, dirigido pela burguesia e seus interesses, partindo do pressuposto de que o homem é anterior ao Estado e, por isso, deve inverter-se a perspectiva da garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, que passam a ser orientados pelo princípio da distribuição e da organização. O princípio da distribuição rege que o indivíduo pode fazer tudo que não for proibido, enquanto o Estado pode somente aquilo que é permitido, uma vez que a liberdade do cidadão é anterior ao Estado, cabendo a este intervir nas relações sociais somente quando necessário (LEAL, 2007).

Assim, a sociedade e o Estado colocam-se em posições paralelamente opostas, não se admitindo que qualquer relação social ocupe um local misto, ou seja, o poder político não interfere nas relações sociais, ao passo que o privado se apresenta de forma apolítica, sem relevância para o âmbito político.

Ademais, Leal (2007) destaca que o princípio da organização serve de fonte para a separação dos poderes, maneira encontrada para colocar em prática o sistema de freios e contrapesos, deixando evidente o papel limitado de atuação do Estado, que deve funcionar de forma previsível, através de normas pré-fixadas.

Dessa forma, é deixado para trás o absolutismo, onde o Estado era autoritário e submetido somente a vontade própria do soberano para que o Estado seja submetido a lei, passando a ser um Estado de Direito. Assim, constitui-se o Estado de Direito por meio da soberania popular, a vontade popular materializada pela lei, submetendo todos os direitos ao princípio da legalidade e não ao arbítrio do Estado. Destaca-se, nesse ponto, que a ideia do princípio da legalidade era a preponderância total da lei sobre qualquer vontade ou em nome de qualquer direito mais forte, eis que



a preocupação era com a obediência ao procedimento e não com a justiça (LEAL, 2007).

Já as Constituições contemporâneas, notadamente após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, atestaram uma preocupação jamais vista com a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais, os fortalecendo como vetores a balizas para toda a atuação estatal, munidos não apenas de conteúdo subjetivo, mas agora objetivo (ALVES; MEOTTI, 2013).

São Constituições políticas, e não somente estatais. Elas assumem conteúdo político, ou seja, elas abarcam os princípios de legitimação do poder, e não apenas de sua organização. Assim, o campo constitucional é ampliado para englobar toda a sociedade, e não somente o Estado. A partir disso, o Estado passa a interceder diretamente em questões sociais, nas quais antes figurava como mero expectador (LEAL, 2007).

As constituições passam a prever normas de ordem social, cultural e econômica, objetivando a redução das desigualdades sociais, bem como o estímulo do desenvolvimento nacional. Dessa forma, juntamente com as liberdades negativas, passaram também a fazer parte de diversas constituições as chamadas liberdades positivas, tidas como o conjunto de direitos que, baseados no princípio da dignidade humana, atribui ao Estado a realização de diversas ações, tendo como intuito a obtenção da igualdade substancial (não mais apenas formal) entre os indivíduos (DANTAS, 2015).

Para Streck (2014), o Constitucionalismo Contemporâneo leva simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a compor a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Nessa medida, pode-se afirmar que o Constitucionalismo Contemporâneo retrata um redimensionamento na práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no centro da qual efetua-se a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que propõe o Streck, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

Como demonstrado, os direitos fundamentais surgem com a necessidade de proteção do homem em relação ao poder estatal. Percebe-se o início desse movimento com os ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais precisamente com o nascimento das constituições escritas. Esses direitos e garantias que tem como função limitar a atuação do Estado, afim de proteger os indivíduos contra eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, são conhecidos como liberdades negativas (DANTAS, 2015).

Por outro lado, ressalta-se que os Estados têm notadamente ampliado o conteúdo de suas constituições, com o intuito de positivizar alguns temas que, à época do liberalismo clássico, não eram previstos naqueles diplomas normativos, ainda que atualmente se esteja vivendo um momento que alguns chamam de “pós-democrático”, com movimentos de restrição a direitos fundamentais e conquistas sociais

Para Dantas (2015), esse fenômeno coincide com o despontar do Estado social (Welfare State), que teve início com a Constituição Mexicana de 1917, entretanto, notabilizando-se com a Constituição de Weimar, em 1919. Assim, o autor destaca que as constituições dos diversos Estados passaram a estabelecer, cada vez mais, diversas possibilidades de intervenção do Estado na vida privada.

Nesse contexto, os direitos fundamentais assumem papel de suma importância na proteção das minorias em relação às majorias, como ensina Dworkin (2010) ao referir que os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm, uma vez que os indivíduos possuem direitos quando, por alguma razão, um propósito comum não caracteriza uma razão suficiente para vetar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer.

Novais (2006) recorre à ideia originária de Dworkin, onde ter um direito fundamental, em um Estado de Direito, seria como ter um trunfo num jogo de cartas (qualidade de trunfo reconhecida pelas regras do jogo), ou seja, a carta de trunfo sobressai sobre as demais, mesmo sobre as de valor facial maior.

Assim, Novais (2006) destaca que tratando-se de um sistema jurídico de Estado do Direito, bem como tendo em vista que o outro “jogador” é o Estado, uma vez que os direitos fundamentais são disposições jurídicas individuais face ao Estado, possuir um direito fundamental vale como um trunfo contra o Estado, face ao Governo democraticamente legítimo. Dessa forma, tratando-se de um regime político baseado na regra da maioria, ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria.

Segundo Martel (2007) Dworkin distingue diferentes categorias de direitos. Não é qualquer direito se apresenta como direito-trunfo. Os direitos-trunfo são aqueles preexistentes, classificados em uma comunidade de princípios - uma comunidade personificada, em que a ligação entre as pessoas é a fraternidade e não um mero acidente geográfico ou uma mera convenção. A identificação de tais direitos acontece com suporte na ligação substantiva com o seu fundamento, o conceito liberal da igualdade, com exame da distribuição dos direitos (via de regra, os direitos-trunfo não podem ser reconhecidos a um grupo e não a outros), assim como através do recurso à tradição, à história institucional e à moralidade comunitária. No cenário estadunidense, alguns direitos-trunfo figuram, também, no texto da Constituição. Dworkin não disponibiliza uma lista dos direitos-trunfo, tampouco concebe uma fórmula mecânica que possibilite a sua identificação. Reconhecer um direito-trunfo é uma incumbência interpretativa, para a qual é fundamental assumir a comunicação entre a moralidade e o direito (MARTEL, 2007).

Assim, Martel (2007) ressalta que um direito-trunfo não se confunde com a noção de direito fundamental enquanto norma jurídica positivada, como utilizado por muitos juristas da família da *civil law*. Os direitos-trunfo são antes direitos morais, que aprofundam, pela via interpretativa, no direito, fazendo-se vinculantes. Fundamentam-se na justificação moral, por sua conexão com a noção liberal de igualdade e não se confundem com a positivação de normas de direito fundamental. Dessa forma, para a mencionada Autora, a expressão direitos fundamentais restringe-se à noção de direitos-trunfo, como concebida em Dworkin, e não se amplia a todos os direitos positivados como direitos fundamentais, singularmente quando trata-se de Constituições analíticas, como a brasileira e a portuguesa.

Para Sarlet (2009), a função decisiva desempenhada pelos direitos fundamentais em um regime democrático é a garantia das minorias contra eventuais desvios de poder realizados pela maioria no poder. Nesse ponto, o Autor ressalta que entre os direitos fundamentais e a democracia percebe-se um vínculo de interdependência e reciprocidade, evidenciando a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia.

Nesse interim, oportuno mencionar que os direitos fundamentais podem ser compreendidos em dupla dimensão: a objetiva e a subjetiva.

Para distinguir as duas dimensões, evidencia-se que a dimensão subjetiva abrange a constituição de posições jusfundamentais, por via de regra reconhecidas enquanto direitos subjetivos, que permitem ao titular a busca de determinada ação (omissiva ou comissiva) em juízo. Por sua vez, a dimensão objetiva, abarca o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (CLÈVE, 2006).

Assim, os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, conferem aos titulares a oportunidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados, ao passo que, na sua dimensão como componente fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - sejam aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, sejam aqueles, tidos como garantias individuais - estruturam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 1999).

Alexy refere que a visão atual dos direitos fundamentais se determina por uma dupla qualificação de direitos: “concebe-se como direitos subjetivos de liberdade, dirigidos ao Estado, e como normas objetivas de princípios ou decisões valorativas que tem validade para todos os âmbitos do direito” (ALEXY, 1999, p. 59).

Nesse contexto, os direitos fundamentais não se restringem à função primária de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com efeitos em todo o ordenamento jurídico, sendo diretrizes para os Três Poderes (SARLET, 2009).

Quanto aos direitos fundamentais, leciona Ferrajoli:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (FERRAJOLI, 2004, p. 37).

Considerando os direitos fundamentais como princípios objetivos, legitima-se a ideia de que o Estado se obriga não somente a considerar os direitos de qualquer pessoa em face das investidas do Poder Público, como também garantir os direitos fundamentais contra agressão praticada por terceiros.

Um dos mais significativos efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais reside no dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), não somente nas relações dos cidadãos com os órgãos públicos, mas também nas próprias relações entre particulares, incidindo, dessa forma, no direito privado (MAAS, 2016).

O reconhecimento dessa dimensão objetiva conduz à ideia de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva. A compreensão se amplia à noção de que ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, determinada pelos direitos negativos, típica do Estado Liberal, encontra-se uma dimensão objetiva, na face de direitos positivos, prestacionais. Desse modo, faz-se necessário ter cautela para não se atrelar a dimensão objetiva unicamente aos direitos positivos, eis que tanto direitos negativos como positivos podem ter uma dimensão objetiva. Assim, tanto os direitos de defesa ou individuais, como os direitos prestacionais ou sociais detêm uma dimensão subjetiva e objetiva, sendo que essa dimensão não possui conexão a determinada qualidade dos direitos fundamentais, sendo comum a todos eles (LEAL, 2015).

O dever de proteção aos direitos fundamentais inicialmente é concebido pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, surgindo, de forma mais evidente no caso *Lüth* em 1958, sendo, conforme Sarmiento (2006), a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*) é inicialmente desenvolvido pela jurisprudência alemã, sendo sua origem observada, de forma mais emblemática no caso *Lüth*. Neste caso consolidou-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a partir de um dos seus desdobramentos decorre o dever de proteção, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera do direito público, mas irradiam-se para todos os âmbitos jurídicos (GERVASONI; BOLESINA, 2014).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais demanda do Estado uma função de proteção/concretização dos direitos fundamentais, diferentemente do simples direito subjetivo que obsta a sua intervenção na esfera privada. Essa vedação de intervenção assegura aos direitos fundamentais a noção de “dever de defesa” (*Abwehrrechte*) contra o Estado, assim como suporta uma ordem de valores objetiva (*Wertsystem*) que se projeta sobre o ordenamento, passando a ter um caráter impositivo motivador da chamada eficácia de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), concedendo diretrizes para a aplicação e interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais (LEAL, 2007).

Outrossim, a decisão em tela asseverou que os direitos fundamentais não são voltados exclusivamente ao Estado, uma vez que exercem efeitos também nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos também de modo horizontal, defronte da possibilidade de direitos paralelos concorrentes ou de sujeitos diferentes. Cenários dessa medida acabam por requerer o sopesamento (*Abwägung*) e a aplicação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) (LEAL, 2007).

Ainda, embora a ideia de dever de proteção derive da dimensão objetiva, essa implicação somente pôde ser percebida melhor na segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, quando o Tribunal Constitucional incluiu na teoria dos direitos fundamentais a concepção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) (MAAS, 2016).

Assim, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã firmou entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (MENDES, 1999).

Para Sarlet (2009), o dever de proteção dos direitos fundamentais mostra-se como significativa função atribuída aos direitos fundamentais e é desenvolvida com suporte na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez vinculado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Nessa senda, o referido autor destaca que incumbe ao Estado zelar, inclusive de forma preventiva, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não apenas em oposição aos poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados. Ainda:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (MENDES; BRANCO, 2016, p. 664).

Para Mendes e Branco (2016), tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever do Estado de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Sobrevém, dessa forma, a necessidade de o Estado fazer uso de medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições,

autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), objetivando proteger de forma eficaz o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2009).

Nesse sentido, destaca-se que o dever de proteção não pode ser tido somente como um simples dever de ação do Estado para resguardar bens ou viabilizar fins constitucionais, mas sim como um dever de ação a fim de garantir direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais (SARLET 2009).

Isto posto, os direitos fundamentais mostram-se de extrema relevância na proteção das minorias, uma vez que lhes fornecem a amparo em relação aos grupos majoritários.

## **2.2 A necessidade de proteção das minorias no contexto democrático**

Apesar da função desempenhada pelo princípio da maioria em um Estado democrático, uma coletividade política na qual as decisões da maioria são consideradas válidas em quaisquer situações é possível que se apresente como um estado não democrático. Mais do que um conceito procedimental, formal, que absolutiza a decisão da maioria, a democracia indica uma feição material, garantidora, dentre outras coisas, de um espaço protegido à atuação da minoria (SANTOS, 2006).

A ideia de democracia não se restringe ao governo da maioria, ela engloba o espaço em que se respeitam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça. Um ambiente que permite a diversidade tem como pressuposto – e também como referencial comum – a igualdade de condições para participar da edificação desse lugar político múltiplo. Ocorre, contudo, que historicamente privilegiaram-se certas visões de mundo por imposição, por discriminação ou por subvalorização de outras. Como resultado, a democracia tal qual é concebida hoje e promovida como valor da sociedade brasileira não é exitosa em oferecer as mesmas condições de reconhecimento às variadas visões de mundo, sequer permite, de maneira satisfatória, espaço adequado para a manifestação democrática da diversidade (MARTINS; MITUZANI, 2011).

Tal fenômeno não é exclusividade brasileira, como destaca Sartori (1994):

“Ao longo de toda a história da humanidade, as majorias – étnicas, religiosas ou majorias puramente numéricas – perseguiram de fato as minorias, às vezes ao ponto de exterminá-las. Hoje se faz o mesmo (principalmente na África, mas também em outras regiões do mundo) em nome do poder da

maioria e, com isso, como uma implicação óbvia, em nome da democracia” (SARTORI, 1994, p. 52).

A maioria, Tocqueville (2004) descreve como sendo um indivíduo com opiniões e normalmente com interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria. Na forma integralmente realizada de democracia (a América, para Tocqueville), essa maioria é detentora de poderes sem controle, o que provoca a inquietude de que, se é admitido que um homem provido de onipotência possa exceder-se contra seus adversários, por que não aceitar o mesmo com relação à maioria? Tocqueville pensou que isso é justamente o que ocorreu na América, descrevendo com a conhecida frase “a tirania da maioria”.

A mera afirmação do princípio majoritário significa abrir a probabilidade de negação do próprio princípio democrático. Conforme Giovanni Sartori, “se o primeiro vencedor de uma disputa democrática adquire um poder ilimitado (absoluto), então o primeiro vencedor pode estabelecer-se como um vencedor permanente”. (SARTORI, 1994, p.45)

O receio quanto ao governo democrático comumente diz quanto à possibilidade de tratamento injustificado, opressivo, das minorias. Ocasão em que, por exemplo, os negros são minoria em uma coletividade em que uma maioria, a população branca, é racista, os componentes da minoria negra não possuirão recursos, tampouco meios de impedir o avanço contrário a seus interesses (CUNNINGHAM, 2009).

Ocorre que, a democracia não é uma conquista consolidada, mas um processo que requer constante promoção, desenvolvimento e aprendizado. Ainda que não se restrinja a noção de governo da maioria, esta é a concepção mais conhecida e aceita, aplicada também fora dos espaços públicos. Contudo, outro aspecto que a democracia abarca torna-se relevante mais recentemente, considerando a própria dinâmica pela qual passam os conceitos abrangentes e informadores de uma sociedade. Em razão das novas demandas sociais, do alargamento do espaço público a novos atores e da relevância histórica que marca a Constituição brasileira de 1988, o respeito às diferenças – e a consideração das minorias também envolvidas no processo democrático – ascendem como valor a ser preservado ao lado das deliberações majoritárias (MARTINS; MITUZANI, 2011).

Atribui-se aos direitos fundamentais função de garante de um conteúdo substantivo para a democracia, uma vez que tais direitos balizam o processo decisório. A sua inobservância acaba por abrir espaço para o questionamento da



própria validade do procedimento. O que advém da constatação de que os objetos materiais dos direitos fundamentais merecem proteção especial, eis que significam a proteção da minoria na democracia. A democracia não é o mero governo da maioria. Tem necessariamente que respeitar concepções da minoria (SANTOS, 2006).

Muito estudiosos desaprovam o revisionismo schumpeteriano e priorizam tratamentos democráticos envolvendo muito mais a participação dos cidadãos do que propriamente o voto. No entanto, por um lado eles concordaram com a posição de Schumpeter. Baseando-se no realismo empírico ele asseverou que a teoria democrática teria de iniciar pela pergunta “quem realmente governa?”, destacando que políticos eleitos, conjuntamente com seu governo, como também as burocracias político-partidárias, são os governantes, determinando que a teoria democrática teria de se ocupar com métodos eleitorais e condições para o governo eficaz. Uma inclinação empírica análoga provocou teóricos preocupados com a submissão ou exclusão de muitos indivíduos em decorrência de aspectos como a sua classe, gênero ou pertença “racial”. A matéria com a qual iniciam é “quem não governa?”, e eles concluem que o governo está nas mãos da classe média e alta masculina de uma raça dominante da sociedade que favorece interesses próprios e a exclusão de outros grupos (CUNNINGHAM, 2009).

Nesse aspecto, para a obtenção da igualdade, faz-se necessário levar em consideração as distinções e as peculiaridades humanas em todos os seus sentidos. Dessa forma, necessária a igual consideração do outro em suas particularidades e idiosincrasias, uma vez que, em uma sociedade marcada pelo pluralismo, somente haverá igualdade com o igual respeito às diferenças. Afinal, em um Estado democrático, a igualdade manifesta uma normatividade constitucional na aceção de reconhecimento e proteção das minorias (MENDES, 2013).

Em um contexto democrático, onde há um Estado constitucional de direito, tem-se mais do que o governo da maioria, tem-se o governo para todos. O que engloba não apenas as minorias – raciais, etárias, culturais –, mas também as coletividades de menor expressão política, ainda que não numericamente minoritários. Dessa forma, a fim de possibilitar a realização da democracia nessa proporção, institui-se ao Estado não somente a observância aos direitos individuais, mas, de igual sorte, a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, essenciais para a

conquista do grau mínimos de igualdade material, sem o qual não há que se falar em vida digna (BARROSO, 2017).

Nesse sentido, pontua Mill (1986, p. 25):

(...) a vontade do povo significa praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte do povo – a maioria, ou aqueles que logram êxito em se fazerem aceitar como a maioria. O povo, conseqüentemente, pode desejar oprimir uma parte de si mesmo, e precauções são tão necessárias contra isso quanto contra qualquer outro abuso de poder.

Ainda, Barroso (2017) destaca que a igualdade, e especialmente a autonomia são conceitos subjugados ao fato de os indivíduos serem livres de privações, com o atendimento apropriado de suas necessidades essenciais. Assim, para que os indivíduos sejam livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, eles necessitam mais do que patamares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia converter-se em mera ficção.

Nesse ponto, cabe destacar que a partir da compreensão de que a espécie humana é absolutamente idêntica no que tange a carga genética, aos fatores e necessidades biológicas, à racionalidade, à capacidade de ter sensações e emoções, sendo munido de vontade, consciência e liberdade de pensamento, características necessários ao livre-arbítrio, percebe-se que todo homem e toda mulher são detentores de direitos, em especial à vida digna, já que são seres únicos e insubstituíveis (GURGEL, 2007).

As pessoas são iguais como espécie humana, embora diferentes em fatores socioeconômicos. A condição humana é a única premissa para se ter direito à dignidade: não está vinculada à moral ou a comportamentos. Como destaca Sarlet (2006) ao referir que a dignidade é atributo intrínseco ao ser humano e que, por isso, “mesmo daqueles que cometem ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração” (SARLET, 2006, p.44).

Assim, considerando o necessário tratamento igualitário entre os humanos, tem-se que devem permanecer satisfatoriamente abertos os canais de participação aos grupos minoritários de modo que a alguns desses grupos seja dada a possibilidade de fazer-se majoritários, e a outros grupos seja possível concretizar determinados direitos, mesmo que nunca lhes seja viabilizada a transformação em maioria (SANTOS, 2006).

Como já mencionado, a atual noção de democracia não a limita a um mero governo da maioria, mas incorpora em sua definição a proteção de determinadas posições ainda que diante de decisões majoritárias. Os direitos fundamentais, considerados em sua dimensão objetiva, representariam uma espécie de “terreno proibido”, garantido frente ao princípio da maioria (SANTOS, 2006).

Nesse ponto, o dever de proteção Estatal (*Schutzpflicht des Staates*) mostra-se como a mais importante derivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de modo que é tida como uma concepção central da teoria. Como efeito, o Estado não se apresenta mais como mero violador ou destinatário das proibições instituídas pelos direitos fundamentais, tornando-se responsável por protegê-los e por certificar as condições necessárias à sua efetiva garantia (LEAL, 2015).

Conforme Calliess apud Maas (2016), o dever de proteção estatal (*Schutzpflicht des Staates*) apresenta-se como uma espécie de compensação (*Kompensation*) em face do monopólio do Estado (*Gewaltmonopols*), na noção de uma incumbência de paz frente aos cidadãos. Ressalta o autor que a garantia de proteção estatal não pode ser reduzida à ofício de fundamento do Estado de Direito, mas mais como um alicerce contratualista do Estado Constitucional.

Assim, a obrigação geral de proteção manifesta-se como consequência primária fruto da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que assegura a existência de uma sociedade enquanto uma ordem de paz, em que a autodefesa do particular, em princípio, encontra-se vedada; por outro lado, o Estado vindica esse monopólio por meio da função de garantir a proteção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros (NOVAIS, 2003).

Como já mencionado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi consolidada pelo Tribunal Federal Alemão na decisão *Lüth-Urteil*. Entretanto, ainda que a ideia de dever de proteção derive da dimensão objetiva, essa implicação somente pôde ser percebida, com maior propriedade, na segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, quando o Tribunal Constitucional (MAAS, 2016). Ocasão na qual foi introduzido na teoria dos direitos fundamentais a concepção de “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) (DIETLEIN apud MAAS, 2016).

No primeiro julgamento referente ao aborto, em 1975, que questionou o artigo 2 II 1 e o artigo 1 I 2, da Lei Fundamental Alemã, em que o intuito era proibir o aborto, firmou-se o entendimento de que é dever do Estado proteger a vida (*Leben*) de todas

as pessoas, assegurando a sua dignidade (*Menschenwürde*); assim, é obrigação do Estado proteger o nascituro, resguardando os seus direitos fundamentais frente a sua própria mãe (MAAS, 2016). O entendimento do Tribunal fecha-se na acepção de que, onde houver vida, a dignidade da pessoa humana deverá incidir (ISENSEE apud MAAS, 2016).

Quando do segundo julgamento referente ao aborto, em 1993, em que eram questionados os mesmos artigos, decorrentes da vida e dignidade da pessoa humana, com objetivo de autorizar a prática, o Tribunal Constitucional Alemão trouxe o conceito de “proibição de proteção de insuficiência” (*Untermaßverbot*), na acepção de que, quando da atuação do Estado, esse deve tomar medidas suficientes e efetivas para a proteção do direito em questão (MAAS, 2016).

Quanto a decisão do aborto, Sarlet (2005) refere que, nessa decisão, se considerou que o legislador, ao implantar um dever de prestação que lhe foi determinado pela Constituição, encontra-se vinculado pela proibição de proteção insuficiente, o que faz acreditar que os níveis de proteção, isto é, as medidas estabelecidas pelo legislador, teriam que ser o bastante para garantir um padrão mínimo e eficaz de proteção constitucionalmente exigida.

A partir desse caso, verifica-se que a Corte Constitucional da Alemanha acentua a responsabilidade do Estado em garantir o gozo dos direitos fundamentais, reiterando a limitação da atividade do legislador e, além disso, afirmando que a política escolhida para assegurar o direito à vida do nascituro deve ser suficiente (na acepção de não passar simplesmente a responsabilidade para a gestante sobre o desenvolvimento ou não da vida do ser que carrega em seu útero). Contudo, essa proteção não necessariamente significaria a criminalização da prática abortiva, cabendo ao legislador censurá-la, cumprindo o seu papel, elaborando e normativizando esse plano de proteção fazendo uso das diferentes áreas do ordenamento jurídico, desenvolvendo uma proteção obrigatória (ALVES, 2015).

Desse modo, a adoção de medidas que objetivem o convencimento da mulher de dar continuidade à gestação seria suficiente para reconhecer que o Estado está desempenhando com a sua função de proteção do direito da vida intrauterina de forma preventiva, sem afastar-se da sua responsabilidade e entregando-a à gestante. É dessa forma que se aponta para o reforço da consciência da responsabilidade da

mulher, a não criminalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gestação (ALVES, 2015).

[...] é uma avaliação do legislador que não merece ser constitucionalmente censurada, se ele, para cumprir o seu encargo de proteção, se reportar a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intra-uterina só será possível com a [colaboração, convencimento da] mãe, mas não contra ela. [...] Essa condição de estar oculto, desamparado, dependente e ligado à mãe de forma singular própria, do nascituro torna plausível a avaliação de que o Estado tem uma chance melhor para sua proteção quando atua em parceria com a mãe. (SCHWABE, 2005, p. 286).

Ganha importância, dessa forma, o papel do legislador, uma vez que é ele o primeiro a deter a tarefa de proteger os direitos fundamentais, incumbindo ao mesmo, de modo abstrato, verificar se a legislação cumpre com o dever instituído e suas medidas. Ressalta-se que, antes mesmo da decisão do Tribunal, o dever de proteção já possuía adeptos na literatura alemã, assim como o princípio da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ISENSEE apud MAAS, 2016). A adesão à teoria não ocorreu somente na Alemanha, sendo verificada sua utilização pelos Tribunais Constitucionais em países como Áustria, França e Irlanda (CALLIESS apud MAAS, 2016), bem como por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

Oportuno mencionar que o dever de proteção já era encontrado inclusive na Declaração do Povo da Virgínia, *Bilf of Rights*, de 1776, que estabelecia que cada Estado-parte devia proteger o cidadão e a sua comunidade, sua vida, liberdade e propriedade. Ainda, o autor destaca que a própria Revolução Francesa poderia ser tida como uma decorrência histórica do dever de proteção, asseverando que ela buscava a garantia dos direitos dos cidadãos, de modo que esses direitos também deveriam ser protegidos nas relações privadas e não somente nas relações com o Estado. Nesse cenário, o dever de proteção procura atingir todas as dimensões do direito reconhecido e formulado, de acordo com a interpretação que se poderia dar ao artigo IX da Declaração dos Direitos Humanos, que constitui a liberdade, a propriedade e os direitos fundamentais dos cidadãos como direitos que devem ser protegidos pela sociedade, sendo superior a todos os ataques que possa sofrer. (ISENSEE apud MAAS, 2016).

Como já referido, os efeitos de proteção ultrapassam a relação indivíduo-Estado, isto é, a aplicação acaba por ter reflexo nas próprias relações entre privados, de sorte que o dever de proteção deve ser interpretado como um dever estatal em suas relações com os indivíduos, e, notadamente, como um dever de proteção estatal

dos direitos fundamentais nas relações privadas (MAAS, 2016). Dessa forma, o dever de proteção age em face do Estado e dos particulares: “*Grundrechtsschutz gegen Staat und gegen Private*” (ISENSEE apud MAAS, 2016).

Desse modo, o Estado tem a sua atribuição frente à proteção dos direitos fundamentais modificada, uma vez que de opositor (*Grundrechtsgegners*) e violador dos direitos fundamentais, passa a figurar como um amigo (*Grundrechtsfreundes*) e garantidor (*Grundrechtsgaranten*) dos mesmos (DIETLEIN apud MAAS, 2016).

Incumbe ao Estado, ao mesmo tempo, não interferir na liberdade do cidadão e protege-lo, garantindo os seus direitos fundamentais. Tal função é conceituada por Calliess apud Maas (2016) como “*doppelte Schutzpflicht des Staates*” ou “duplo dever estatal”.

Assim, cabe ao Estado não apenas deixar “em paz” os cidadãos; ele precisa, além disso, “garantir a paz” (DIETLEIN apud MAAS, 2016). Visto que, distintamente da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção faz com que o Estado conte com deveres positivos frente à sociedade, ocorre uma mudança de conteúdo e de atitude do Estado (MAAS, 2016).

Richter e Schuppert apud Maas (2016) classificam o dever de proteção em três espécies, sendo elas: *Verbotspflicht* (dever de proibição); *Sicherheitspflicht* (dever de segurança) e *Risikopflicht* (dever de evitar riscos). No que tange à primeira espécie, o dever de proibição (*Verbotspflicht*), constata-se a proibição de determinado comportamento “[...] *ein bestimmtes Verhalten zu verbieten*”. Nesse ponto, os autores mencionam a já estudada segunda decisão do aborto, de onde trazem a questão que, por meio de um dever de proteção, a jurisprudência acabou proibindo determinadas práticas, isto é, para proteger os nascituros a jurisprudência acabou por proibir o aborto (RICHTER; SCHUPPERT apud MAAS, 2016).

Já o dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), refere-se ao dever do Estado em proteger os cidadãos contra a violação dos direitos fundamentais, contra investidas de terceiros. A terceira, o dever de evitar riscos, mostra-se como dever de proteger os cidadãos contra possíveis ameaças de ofensa aos direitos fundamentais, ganhando espaço quando se trata de dever de proteção relativo ao âmbito técnico e tecnológico (RICHTER; SCHUPPERT apud MAAS, 2016).

Nesse contexto, percebe-se que ao Estado proceder através de seus órgãos e agentes, objetivando a efetivação do dever de proteção, pode afetar de forma

desproporcional um direito fundamental, isso não só daquele que necessita a proteção, como também daquele que esteja sendo apontado como causador de tal violação. Essa hipótese demanda às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que conforme o caso conduzirá a uma “proibição de insuficiência” (*Untermaßverbot*) como uma “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) (SARLET, 2005).

Dessa forma, cumpre destacar que o dever de proteção não pode estar desvinculado de um controle, havendo a necessidade de parâmetros de controle, quais sejam, a “proibição de proteção insuficiente” ou “proibição de insuficiência” (*Untermaßverbot*) e a “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) (MAAS, 2016).

Fruto, também, da segunda decisão do aborto, deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, notadamente, do dever de proteção (*Schutzpflicht*), a figura denominada *Untermaßverbot*, “proibição de proteção insuficiente” (DIETLEIN apud MAAS, 2016).

O Tribunal Constitucional Alemão expôs o entendimento de que o Estado deve tomar medidas normativas e fáticas aptas a cumprir com seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção tida como adequada e efetiva (“proibição de insuficiência”), o que faz indispensável um projeto de proteção que una elementos preventiva e repressiva. Ainda, na referida decisão ficou entendido que é incumbência do legislador definir de forma detalhada o tipo e a extensão dessa proteção, na acepção de que a Constituição estabelece a proteção como uma meta, não detalhando a sua configuração, por essa razão, o legislador precisa atentar-se para a “proibição de insuficiência” (SCHWABE, 2005).

Assim, a figura jurídica do *Untermaßverbot* é tida como uma exigência constitucional “mínima”, no sentido de que a Constituição impede que se desça abaixo de um mínimo de proteção (CANARIS apud MAAS, 2016).

Por sua vez, a noção de proibição de excesso tem como finalidade a limitação da atuação estatal de modo a não causar nenhum excesso de restrição a determinado direito fundamental. Objetivando-se, sempre, garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais (ALVES, 2015).

Destaca-se que a figura da “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) deriva da figura da “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*),

objetivando dar efetividade ao dever de proteção (*Schutzpflicht*) (CALLIESS apud MASS, 2016). Um parâmetro é o contraponto lógico do outro, o seu invés. Tem-se, na concepção de direitos de defesa, a noção de “proibição de excesso”, da qual decorre a “proibição de proteção insuficiente” decorrente da ideia de direitos prestacionais, positivos, concebidos no Estado Social (MAAS, 2016).

Desse modo, destaca-se que a democracia, atualmente, não pode ser observada como um conceito estático e imutável, perfeito e completo, pelo contrário, é conceito dinâmico e em constante aperfeiçoamento. É, também, conceito histórico, que evolui a cada etapa do desenvolvimento social, não tratando-se de mero conceito político, mas de processo de afirmação do povo e de salvaguarda de direitos fundamentais conquistados no decorrer da história (ALVES; OLIVEIRA, 2014).

Assim, parece aceitável afirmar que a principal razão para adoção do modelo de governo democrático é a correlação mais benéfica entre democracia e direitos fundamentais. Dessa forma, apesar de não ser imune a críticas, é possível asseverar que se trata do melhor modelo de governo reconhecido até o presente momento para a efetivação de direitos fundamentais (ALVES; OLIVEIRA, 2014), notadamente quando situa-se no contexto do constitucionalismo contemporâneo e sua dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que se torna latente com a advento da Constituição Federal de 1988.

### **2.3 A vocação de proteção das minorias da Constituição Federal de 1988**

Passados vinte e um anos de regime militar ditatorial no Brasil (1964 a 1985), deflagra-se o processo de democratização. Esse processo se deu, originalmente, pela liberalização política do próprio regime militar, em decorrência de dificuldades na resolução de questões internas, momento em que as forças de oposição da sociedade civil favoreceram-se do processo de abertura, fortificaram-se e permitindo importantes conquistas sociais e políticas (PIOVESAN, 2015).

Dessa forma, fez-se necessária a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político social, culminando, juridicamente, tal processo, na promulgação de uma nova ordem constitucional, surgindo assim a Constituição Federal de 1988. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e adiantada em nossa história constitucional,



contribuindo muito para a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil.

Nesse sentido, a Constituição surgiu para limitar o arbítrio do Estado contra os indivíduos, prevendo, dentre outras matérias, os Direitos Fundamentais, os quais consistem em importante instrumento de proteção das minorias e grupos vulneráveis. Conforme propõe Silva Júnior (2014) a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático e Social de Direito, o qual tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF/1988). Neste ponto, cabe observar que, ao estabelecer tais objetivos (a serem alcançados) reconhece-se que vivemos em uma sociedade desigual e marcada pelo preconceito.

Houve uma grande preocupação com a valorização dos direitos fundamentais, fruto da opressão e violação dos mesmos durante o regime autoritário pelo qual o Brasil passou nas duas décadas que antecederam a redemocratização e a nova ordem constitucional. Como aponta Sarlet (2012) os direitos fundamentais se constituem, para além de sua função limitativa do poder, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é indissociável de tais direitos.

Assim, fica evidente que a Lei Maior de 1988 é um marco jurídico da transição do Brasil para o regime democrático, alargando significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que tange à matéria, conforme assevera Piovesan (2015). Ainda, a autora destaca que, tendo em vista que toda Constituição deve ser interpretada como uma unidade e como um sistema que prima por determinados valores sociais, é possível afirmar que a Carta de 1988 opta pela dignidade humana como valor essencial, o que lhe dá unidade de sentido, ou seja, a dignidade humana é o valor da ordem constitucional de 1988, dando-lhe traços particulares.

Nessa esteira, Sarlet (2009) destaca que os direitos fundamentais, como consequência da personalização e positivação constitucional de certos valores básicos (conteúdo axiológico), constituem, juntamente dos princípios estruturais e organizacionais (parte organizatória da Constituição), a substância propriamente dita,

o núcleo substancial, constituído pelas decisões fundamentais da ordem normativa, demonstrando que mesmo em um Estado constitucional democrático se mostra necessárias determinadas vinculações de cunho material para enfrentar os espectros da ditadura e do totalitarismo.

Cumpre mencionar que cada direito fundamental deve ser visto como um todo, ou seja, os direitos fundamentais são multifuncionais, eis que não se pode associar-lhes uma única função:

[...] de cada derecho fundamental pueden ser extraídos múltiples deberes, decorrentes de incumbencias de distinta naturaleza, que ellos encomiendan al Estado. Por lógica consecuencia, un determinado derecho fundamental investirá su titular em diversas posiciones jurídicas de caracteres diferenciados, y con base en cada una de ellas el ciudadano podrá reclamar diferentes obligaciones del Poder Público (HACHEM, 2014, p.8)

O avanço do direito constitucional pátrio é resultado, em boa parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local certo para positivizar as normas que resguardam essas pretensões (MENDES; BRANCO, 2016).

Com o ordenamento jurídico constitucional estabelecido no Brasil, torna-se inconcebível ou arriscado pensá-lo de maneira afastada dos direitos fundamentais, uma vez que a Carta Magna de 88 apresenta um amplo rol de direitos aos cidadãos, restando inequívoca a relevância que tais direitos representam para a população (KOHLS, 2014).

Nesse interim, tem-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou substancialmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, inserindo-se entre as Constituições mais desenvolvidas do mundo no que diz respeito à matéria. Ainda, a Carta de 1988 elege a dignidade humana como valor precípuo, o que lhe dá unidade de sentido (PIOVESAN, 2015).

Como a mais ampla, democrática e preocupada com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais de toda a história nacional, tem-se a Constituição Federal de 1988. De fato, em termos formais, somos referência a qualquer Estado contemporâneo, pois não há como questionar que sua essência revolucionária, profundamente avançada em relação aos direitos humanos, cessa com uma herança totalitária de anos de repressão e usurpação de direitos e instaura um Brasil que vislumbra abranger o respeito às diferenças (GORCZEVSKI, 2009).

Dessa forma, Leal (2007) assevera que a Constituição ultrapassa o simples critério da maioria, trazendo proteções, inclusive, para aqueles que não podem integrar a maioria, seja por falta de representatividade ou por impossibilidade fático-temporal, como é o caso das gerações futuras no que tange aos direitos do meio ambiente, por exemplo.

Nesse sentido, destaca-se que a Constituição Federal brasileira tem como principal princípio o da dignidade da pessoa humana, o que já se liga precisamente ao princípio da igualdade, eis que todo mundo que é discriminado e injustiçado torna-se sujeito de um tratamento indigno. Desse modo, a dignidade é muito associada à questão do tratamento igual que lhe é destinado (MAIA; ROCHA, 2003).

Uma breve explanação quanto à evolução constitucional brasileira mostra que a Constituição Federal inaugurou as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como incluindo as diversas espécies de direitos, que, conforme a terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente, são os assim intitulados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abrangem o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária. Dessa forma, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais categorias mencionadas como espécies, o direito constitucional brasileiro acabou filiando-se ao que se pode reconhecer como a tendência dominante no âmbito do direito comparado, em particular a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Apesar de a terminologia empregada, em consonância com o texto constitucional, tem-se que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, somente para mencionar algumas das mais significativas, mas que correspondem (salvo no caso da expressão “direitos humanos”) a categorias em geral mais limitadas do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Por tratar-se das duas expressões mais utilizadas e aceitas, é preciso dedicar alguma atenção à distinção entre os assim chamados “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”, diferenciação esta que desde logo atribui-se como correta. Muito

embora haja os que defendam a equivalência entre as duas noções, considerando inclusive insignificante o debate em torno da eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais. Para o autor o termo “direitos fundamentais” se emprega àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que o termo “direitos humanos” associa-se com os documentos de direito internacional, por dizer respeito àquelas posições jurídicas que se admitem ao ser humano como tal, independentemente de sua ligação com determinada ordem constitucional, e que, dessa forma, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal maneira que indicam um caráter supranacional e universal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Tal diferenciação estabelecida pelo próprio Constituinte encontra guarida em robusto entendimento doutrinário, o qual habitualmente se refere aos direitos humanos e direitos fundamentais como realidades semelhantes, entretanto, distinguindo-se em razão de seu campo de proteção, qual seja, a ordem internacional e a ordem jurídica interna, no que se refere aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, respectivamente, ambos sendo derivados da positivação dos direitos do homem ou dos assim chamados direitos naturais (CONRADO, 2014).

Conforme Bitencourt (2008) o posicionamento dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, sofre grande atuação do espírito democrático, uma vez que a elaboração dos catálogos de direitos fundamentais da nova ordem constitucional decorre de um extenso processo de discussão abrangendo a redemocratização do país, após mais de 20 anos de regime militar. A notoriedade dada aos direitos fundamentais, mais do que em qualquer outra Constituição, está destinada a assegurar a democracia aos seus cidadãos, sendo fruto das forças sociais e políticas que emergiram nesta época:

Mais ainda, torna-se relevante acrescentar que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma copertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais previstos nas Constituições (STRECK, 2002, p. 104).

Outrossim, deve-se observar que o Estado Democrático de Direito detêm um conteúdo transformador da realidade, não se limitando, como ocorria no Estado Social

de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência, sendo que o seu texto extrapola o aspecto material de concretização de uma vida digna para o homem, passando a proceder simbolicamente como estimulador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que faz irradiar os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, e pois, também sobre a ordem jurídica (BITENCOURT, 2008).

A Constituição de 1988 fundou um Estado Democrático de Direito, designado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores máximos de uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos. A noção de Estado Democrático de Direito é ainda alicerçado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político, possuindo como propósitos fundamentais a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (SPAREMBERGER; COLAÇO, 2008).

A Constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos (SILVA, 2000, p. 147)

Desse modo, determinada sociedade apenas pode ser considerada plural caso proporcione a todos a exposição de suas ideias de natureza política, cultural, artística e religiosa, o que resultará, a partir do pluralismo, na construção de um consenso, que será tanto mais democrático quanto se conciliem, dentro do possível, a vontade da maioria com a preservação e a guarda das minorias. Não mais se satisfaz a democracia com uma postura estatal tipicamente liberal, a qual se assenta na submissão das minorias à vontade majoritária (CONRADO, 2014). Como já ensinava Hans Kelsen:

Uma vez que o princípio de liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria. Pois a dominação pela maioria do povo distingue-se de qualquer outra dominação pelo fato de que ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos (KELSEN, 2000, p. 182-183).

A Constituição Federal brasileira não retrata exclusivamente os desejos e as lutas dos segmentos mais oprimidos; ao revés, representa a heterogeneidade social do país. É, à vista disso, a que mais se aproxima do complexo e contraditório cotidiano brasileiro, sendo também a que mais se parece com outras constituições contemporâneas que buscam, a cada dia, participações e reivindicações populares (GONÇALVES, 2005).

Em 05 de outubro de 1988, no momento da Promulgação do atual Texto Constitucional, o Presidente da Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães (BRASIL, 1990, 225), encerrava seu discurso, destacando:

Termino com as palavras com que comecei esta fala: A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Muda para vencer! Muda Brasil!

No que refere-se ao ritual do poder, as palavras do Presidente da Constituinte eram de fato relevantes, eis que, ainda que concedida a imposição normativa que é devida ao texto constitucional, outorgavam prioritariamente à sociedade civil a tarefa de artífice das necessárias e almeçadas mudanças sociais. As mudanças, contudo, para resultarem na maior eficácia da Constituição Federal de 1988, deveriam iniciar pela alteração na própria concepção constitucional. Ou seja, a nova Constituição, para desempenhar um novo papel, precisava deixar de ser tido somente como Estatuto do Estado, para ser, antes de mais nada, o Estatuto de uma nova cidadania. Salienta-se que não se trata de uma cidadania abstrata ou meritocrática que, no núcleo de uma sociedade com sérios problemas sociais, pouco significasse para muitos. Cuida-se, dessa forma, de perceber a Constituição como um Texto com normatividade e, por via reflexa, eficácia suficiente para garantir a afirmação e o avanço em direção de novos direitos (GONÇALVES, 2005).

O direito das minorias é uma realidade bastante presente nos debates do Estado Brasileiro, talvez em razão da diversidade étnico-cultural que compõe a sociedade brasileira, diversidade esta assegurada pelo Estado Democrático de Direito como expressão máxima da própria democracia e cidadania. Os grupos sociais excluídos, marginalizados, que se consideram seus direitos hostilizados, devem buscar a proteção dos mesmos como forma de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, intrínseco à condição de ser humano, sendo este um dos fundamentos da Carta Magna de 1988 (ALBUQUERQUE, 2013).

No que tange aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constata-se a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); como também a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CF). Assim, são objetivos fundamentais que demandam uma ação do Estado e da sociedade como um todo em favor da transformação da realidade social do Estado Democrático de Direito (ALBUQUERQUE, 2013).

De outro lado, tem-se as garantias constitucionais que objetivam o respeito às minorias e a concretização da igualdade substancial, que presume o respeito às diferenças, sem qualquer forma de discriminação fora do atual contexto constitucional, não se justificando qualquer ato de preconceito social e/ou discriminação, adverso à dignidade da pessoa humana e ao exercício da democracia social e aos direitos de cidadania (ALBUQUERQUE, 2013).

Além disso, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 fixa os ideais de igualdade e justiça como "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]".

Assim, não se poderia admitir a instituição de um Estado Democrático de Direito com a coexistência da exclusão social ou de qualquer tipo de discriminação, sendo critério indispensável o respeito aos direitos das minorias, para a formação de uma sociedade democrática e multicultural (ALBUQUERQUE, 2013).

Em um Estado Democrático de Direito, no qual, segundo Albuquerque (2013) as bases são justiça, igualdade e dignidade, é preceito básico a concretização destes valores constitucionais máximos para a construção de uma sociedade mais justa, democrática e sem preconceitos.

Dessa maneira, deve-se proporcionar o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, a fim de garantir a concretização da igualdade substancial, dignidade da pessoa humana, cidadania e democracia.

Posto isto, o capítulo seguinte abordará quanto ao Supremo Tribunal Federal e as minorias, destacando seu papel como guardião da Constituição Federal e o sua função contramajoritária, contribuindo para a não discriminação e realização dos

direitos das minorias, bem como será salientada a sua legitimidade ante a separação de Poderes.



### **3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS MINORIAS**

As minorias marginalizadas descobriram no Judiciário uma via possível de efetivação de seus direitos. Essa busca por proteção, em sede judicial, provém de uma certa crise dos direitos fundamentais nas instâncias majoritárias.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem exercendo seu papel contramajoritário nos casos de desrespeito aos grupos minoritários, impedindo o retrocesso em questão de direitos individuais. Evidentemente, não cabe ao Judiciário substituir a maioria que foi eleita, mas as regras do jogo têm de ser respeitadas, de modo que perseguições e discriminações não permitidas pela Constituição devem ser coibidas.

A maioria foi eleita para governar, mas foi eleita para governar dentro dos limites previstos na Constituição. Nesse contexto, a postura contramajoritária vem no sentido de impedir a ditadura da maioria, evitando que a maioria desrespeite os direitos das minorias.

#### **3.1 O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal e o seu papel contramajoritário**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a principal fonte normativa pátria, que, além disso, irradia suas normas para todos os dispositivos infraconstitucionais. Desse modo, exerce o papel de organização do Estado, legitima seus atos e normas, além de estabelecer um extenso rol de direitos fundamentais (exemplificativo, ante a previsão de abertura no próprio art. 5º, §2º, da Constituição) logo no princípio de seu texto (ALVES, 2015).

Para garantir o cumprimento da Constituição e para conformar sua compreensão, confiou-se ao Poder Judiciário a incumbência de resguardar as previsões do texto constitucional, assumindo, assim, o papel de guardião da Constituição. Destaca-se que a todos os Poderes cabe a tarefa de cumprir o disposto no texto constitucional, conquanto ao Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, recai a última análise sobre a interpretação de seus dispositivos (ALVES, 2015).

Nesse sentido, Barroso (2017) ressalta que o controle de constitucionalidade é um dos mecanismos destinados a esse fim, provavelmente o mais importante, consistindo

na verificação da conformidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Percebido o contraste, o sistema possui um conjunto de medidas que objetivam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade reside no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia. Ainda mais, em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de maneira evidente ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A causa é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica baseia-se em uma norma que não compõe a Constituição — uma lei ordinária, por exemplo —, o interprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se quanto a sua constitucionalidade. Constatando a inconstitucionalidade, não poderá fazê-la incidir, porque no confronto entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.

Duas premissas são comumente identificadas como indispensáveis à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e, para alguns autores, a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição indica sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se constitui de forma escalonada, em diferentes níveis. É a Constituição o fundamento de validade de todas as demais normas. Em razão dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desacordo com a Constituição (BARROSO, 2017).

Como segunda premissa, tem-se a rigidez constitucional. Para que possa funcionar como parâmetro, como modelo de validade de outros atos normativos, a norma constitucional necessita um processo de elaboração diferenciado e mais complexo do que aquele gerador normas infraconstitucionais. Se dessa forma não fosse, inexistiria diferenciação formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Assim, caso as leis infraconstitucionais fossem concebidas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior ao invés da inconstitucionalidade (BARROSO, 2017).

Objetivando-se o melhor entendimento quanto ao controle de constitucionalidade brasileiro, mostra-se significativo o seu desenvolvimento em escala mundial. Desse modo, cabe referir que o fenômeno do controle de constitucionalidade originou-se na

decisão proferida em 1803 nos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, no qual se desenvolveu o controle difuso, ao passo que o modelo concentrado resulta do modelo austríaco idealizado por Hans Kelsen, em seu debate com Carl Schmitt sobre quem apresenta melhores condições de desempenhar a custódia da Constituição (LEAL, 2013). Mesmo que ambos tenham surgido em momentos, situações e lógicas diversas, foram absorvidos pelo modelo híbrido brasileiro.

O caso americano teve início nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram vencidos pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson tornar-se-ia o novo Presidente. Em momento derradeiro de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda possuíam maioria, organizaram-se para preservar sua influência política por meio do Poder Judiciário. Dessa forma, em 13 de fevereiro de 1801, aprovaram uma lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*), por meio da qual, dentre outras medidas: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impossibilitar uma nova nomeação pelo Presidente que viria; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas vinculados ao Presidente derrotado (BARROSO, 2017).

Após, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) permitiu o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, sendo os nomes indicados confirmados pelo Senado em 3 de março, um dia antes da posse de Thomas Jefferson. Assim, John Adams firmou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando a cargo de seu Secretário de Estado, John Marshall, entregá-los aos nomeados. Já que possuía apenas um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não conseguiu concluir o afazer antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los (BARROSO, 2017).

Empossado, Thomas Jefferson, orientou seu Secretário de Estado, James Madison, que se recusasse a entregar os atos de investidura aqueles que não os tivessem recebido. Dentre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, com o intuito de ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi embasado em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia conferido à Suprema Corte competência

originária para processar e julgar ações daquela natureza. Entretanto, o Congresso, já com maioria republicana, revogou a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*, de 1801), extinguindo os cargos que tinham sido criados e destituindo seus ocupantes (BARROSO, 2017).

Agora como Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana, John Marshall julgou o caso dando especial relevo a três pontos: primeiramente, percebeu que houve violação à lei, de modo a prejudicar Marbury, eis que não houve a investidura prevista legalmente, verificando, dessa modo, o ato ilegal do novo Secretário de Estado. O ponto seguinte, é analisado a partir da constatação desse prejuízo ao direito de Marbury, destacou que em razão de este não ter sido investido no cargo, era seu direito processar. Entretanto, entendeu o julgador que, mesmo sendo ilegal a conduta do Secretário Madison, a Suprema Corte era incompetente para emitir a ordem do *Mandamus* (WOODARD, 2013).

Observe-se que o *writ of mandamus* estava previsto no *Judiciary Act* de 1789, ao passo que a competência da Suprema Corte limitava-se pelo conteúdo da Constituição. Ou seja, uma lei infraconstitucional não poderia modificar ou expandir a competência jurisdicional definida constitucionalmente. Nesse contexto, John Marshall declarou a inconstitucionalidade de parte do *Judiciary Act* de 1789, notadamente sua seção 13, que ampliou a competência jurisdicional da Suprema Corte, sendo tida como nula e sem efeito, uma vez que em conflito com o artigo 3º, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos da América. Com essa decisão, Marshall implementou o modelo de controle de constitucionalidade americano (*Judicial Review*) (WOODARD, 2013).

Com a referida decisão, a Suprema Corte norte-americana estreou o controle difuso de constitucionalidade, ao firmar a tese de que a Constituição é o alicerce de todos os direitos e a lei suprema do ordenamento, em razão disso, seu conteúdo não pode ser alterado pelas vias ordinárias, o que impõe às demais leis a necessidade de estar de acordo com os princípios por ela consagrados, como critério de validade. Dessa forma, justifica-se o controle dos atos legislativos que a contrariem, uma vez que, não sendo assim, estar-se-ia anuindo com a ideia de que qualquer ato legislativo estaria apto a modificar a Constituição (LEAL, 2007).

Já na Europa, quanto a natureza do controle de constitucionalidade, deve-se destacar o acirrado debate que se estabeleceu, no final da década de 1920, entre

Hans Kelsen e Carl Schmitt na acepção de definir a quem melhor caberia a competência de guardar a Constituição. Schmitt sustentava que o chefe do Executivo deveria ser o guardião da Constituição, visto que somente desse modo seria possível manter a unidade do sistema político e jurídico, considerando que esse é eleito pelo povo, fruto da vontade da maioria, portanto seria mais qualificado, em razão de sua legitimidade, para exercer a função:

(...) o Führer do Reich alemão é quem deveria ser o verdadeiro guardião da Constituição, pois os tribunais formados por magistrados não apresentariam as condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico. Já o chefe do Executivo, por outro lado, uma vez eleito por todo o povo, expressaria a vontade da maioria e, portanto, estaria mais qualificado, em termos de legitimidade, para ser o defensor da Constituição. O autor defende, assim, ser de responsabilidade do Führer a manutenção da ordem e das instituições – em detrimento, inclusive, da tradicional divisão liberal dos poderes. Segundo ele, caberia, então, ao Presidente do Reich, ser o guardião da Constituição, eis que ele desfrutava de uma posição central e neutra em relação ao sistema político-partidário. Neste Contexto, sustenta ser impossível e dilemático ao Poder Judiciário (apolítico) desempenhar a função de defender o direito e a legalidade, pois o controle de constitucionalidade exige, segundo ele, sempre e inegavelmente, uma feição política (LEAL, 2007, p. 43-44).

Fazendo oposição ao entendimento de Schmitt, Kelsen sustenta que a atribuição de competência ao Presidente do Reich não se harmoniza com o Estado de Direito, uma vez que o Chefe de Estado nada mais é que um dos poderes constituídos. Para Kelsen, a tese de Schmitt de que a outorga do controle de constitucionalidade ao Judiciário resultaria em sua indesejável politização é equivocada, pois, para o autor, toda função estatal é, de algum modo, política, sendo que a distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa (LARANJEIRA, 2013).

Assim, para Kelsen, a distinção de índole política de que se reveste a aplicação de qualquer lei e o controle de constitucionalidade é, tão-somente, de natureza quantitativa, e não propriamente qualitativa, não havendo por que recusar a existência de um órgão específico responsável por tal tarefa, posição esta que acabou prevalecendo, ao menos enquanto modelo de referência (LEAL, 2007).

No Brasil, ausente na Constituição imperial de 1824, sendo a Constituição de 1891 a primeira a prever o controle de constitucionalidade, que, inspirada no modelo norte-americano, adotou o modelo difuso (MENDES; BRANCO, 2016). A previsão já fazia parte da Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1o, a e b), que, porém, não chegou a vigor, bem como do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890.

Com o advento da Constituição de 1934, foi mantido o controle difuso, em seu art. 76, III, “b” e “c”, que trouxe mudanças significativas sobre a reserva de plenário (que estabelece que a declaração de inconstitucionalidade só é possível mediante o voto da maioria da totalidade dos membros dos tribunais) e a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando da declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário (art. 91, inciso IV, e 96), concedendo efeito erga omnes à decisão. Ainda, cumpre ressaltar a instituição da representação interventiva, que autorizava o Procurador-Geral da República a provocar o STF para declarar a constitucionalidade de lei de intervenção, para garantir a observâncias dos princípios constitucionais previstos no art. 7º, inciso I, alíneas “a” a “h” (ALVES, 2015).

O Brasil dispunha somente do controle de constitucionalidade difuso até 1965, sendo o Supremo Tribunal Federal um tribunal recursal. Antes disso, contudo, já havia a ação direta interventiva, considerada por alguns autores como o embrião do controle concentrado no Brasil. Com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que acrescentou a alínea “k” ao inciso I do artigo 101, houve uma mudança fundamental no controle de constitucionalidade, pois foi com essa emenda que se estabeleceu o controle abstrato no sistema brasileiro, que instituía uma ação de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito federal e estadual, contando como legitimado ativo apenas o Procurador-Geral da República (ALVES, 2015).

Por seu turno, a Constituição de 1967 não apresentou maiores novidades. Manteve o sistema difuso, bem como o controle abstrato com a ação direta de inconstitucionalidade, nos mesmos parâmetros da representação contra inconstitucionalidade do modelo anterior (ALVES, 2015).

Na Constituição de 1988 o sistema continuou sendo misto, conciliando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, estabelecido pela EC n. 16/65 (sistema continental europeu). Trouxe, no entanto, um coleção relativamente ampla de inovações, com significativas consequências práticas, dentre as quais podem ser salientadas: a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de

inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III) (BARROSO, 2017).

O controle incidental difuso permaneceu previsto de forma expressa, no cabimento do recurso extraordinário, do qual sucede a inequívoca possibilidade de realização de uma desconsideração de aplicação da norma por juízes e tribunais, destacando-se a necessidade de repercussão geral da matéria aventada no recurso. Já o controle principal (por ação direta) e concentrado admitiu duas possibilidades distintas, sendo exercido: a) perante o Supremo Tribunal Federal, nos casos em que tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal — e, agora também, da ação direta de constitucionalidade, inserida pela EC n. 3/93 (art. 102, I, a); b) perante o Tribunal de Justiça do Estado, tratando-se de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º) (BARROSO, 2017).

Ainda, nesse aspecto, deve-se destacar a principal inovação trazida pela Constituição Federal 1988, que alargou significativamente o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, qual seja, a cessação do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (BARROSO, 2017).

Desse modo, o controle de constitucionalidade brasileiro possui tanto a via difusa como a via concentrada para enfrentar eventuais inconstitucionalidades, bem como percebe-se que o Supremo Tribunal Federal atua tanto como um Tribunal Recursal como uma Corte Constitucional, eis que não apenas julga em grau de recurso eventuais afrontas à Constituição em decisões que envolvem casos concretos, como também exerce o papel de último intérprete da Constituição, ao examinar as leis e atos normativos de modo abstrato (ALVES, 2015).

Uma das razões do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias, perante eventuais maiorias parlamentares. Seu pressuposto é a presença de valores materiais compartilhados pela sociedade que precisam ser preservados das injunções estritamente políticas (BARROSO, 2017).

Diante disso, tem-se que as atividades estatais que visam a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição também são objeto do controle de constitucionalidade. Isso pois a violação dos direitos fundamentais pode dar-se com a constatação da ausência de atuação estatal, quando o mesmo mantém-se omissivo ao seu dever prestacional, constatando o seu desprezo com uma situação que põe em risco determinado direito fundamental; ou, ainda, na ocasião em que deixar de regular alguma situação de modo que a ausência de legislação impossibilite o gozo de um determinado direito (LEAL, 2013).

Já no que se refere ao papel contramajoritário, observa-se que ao Supremo Tribunal Federal atribui-se a tarefa de proteção das minorias, frente a decisões majoritárias, sejam elas manipuladas ou não, atuando, de tal forma, contramajoritariamente, a partir de um conceito que se ata a noção material de democracia (QUEIROZ, 2006). Compete a ele defender os grupos minoritários de eventuais excessos da maioria ou, inclusive, contra abusos praticados pelo próprio Poder Público e seus agentes. Essencialmente, o papel das Cortes Supremas reside em invalidar leis e atos normativos provenientes tanto do Poder Legislativo como do Executivo, com a função primeira de garantia dos direitos fundamentais, que, como referido anteriormente, funcionam como trunfos contra a maioria (MAAS, 2016). Trata-se, dessa forma, de uma possibilidade de juízes não eleitos sobrepuem a sua interpretação da Constituição à dos agentes públicos (BARROSO, 2014).

Assim, não raras vezes, a minoria que “perde” no Parlamento acaba por “vencer” no Poder Judiciário, pois em um Estado Democrático de Direito, não se pode defender ou legitimar uma concepção “fraca” de democracia. Dessa maneira, ter um direito fundamental que legitima os interesses da minoria configura-se em um trunfo contra a maioria, pois o Estado deve respeitá-lo (NOVAIS, 2006).

Entretanto, isso não quer dizer que a maioria permanentemente vai sucumbir frente à minoria. Ao aderir a concepção material de democracia, não significa que haverá uma maioria contra uma minoria e que a vontade da primeira sempre irá preponderar, mas sim que há grupos minoritários que possuem convicções e opiniões diversas e que nem por isso devem ter os seus direitos infringidos e, além disso, devem ter a proteção dos seus direitos garantida, pois os seus direitos são tão fundamentais quanto os de qualquer outro grupo ou do resto dos cidadãos. A dificuldade é que, muitas vezes, salvaguardar os direitos dessa minoria significa



contrariar deliberações de caráter majoritário, isto é, os direitos fundamentais situam-se como limites à própria deliberação da maioria (LEAL, 2007).

Segundo Barroso (2017), para fazer valer a Constituição, é necessário que haja confiança dos cidadãos, porém, muitas vezes, a decisão mais correta e justa não é a mais popular, motivo pelo qual, o papel contramajoritário mostra-se tão difícil como necessário.

Nesse contexto, compete ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, um papel político-jurídico contramajoritário, protegendo os direitos fundamentais das minorias, grupos renegados e marginalizados, o que proporciona um novo significado aos próprios Tribunais Constitucionais, relacionado a uma nova concepção de cidadania, configurando-se como um contra-poder que ocupa-se com a defesa o indivíduo frente aos setores sociais dominantes (QUEIROZ, 2006).

Evidencia-se que a competência para perceber quando a força do trunfo deve impor-se ou quando admite cedência é da própria Jurisdição Constitucional, que terá que decidir de uma ou outra forma por meio da ponderação de princípios. Entretanto, de relevo notar que essa ponderação compete primeiramente ao legislador, por determinação do constituinte originário, podendo-se afirmar, nesse cenário, que, ao mesmo tempo em que a maioria limita os direitos fundamentais, ela igualmente determina aos grupos minoritários o seu próprio trunfo contra essa própria maioria (NOVAIS, 2006).

Diante disso, o papel contramajoritário torna-se uma forma de equilíbrio, de igualar desiguais, assegurando que parcelas minoritárias da população, vejam seus direitos fundamentais também assegurados. Aliás, os direitos fundamentais têm em sua essência a natureza contramajoritária.

Assim, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal apresenta-se como atribuição salutar para o Estado Democrático de Direito brasileiro, e, notadamente, para a garantia dos direitos fundamentais das minorias.

### **3.2 O Supremo Tribunal Federal e a não discriminação e realização dos direitos das minorias**

Liberdade e igualdade são os valores que oferecem base ao Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da

afirmação de ambos fundamentos da ordem jurídica. Dessa forma, é inegável o vínculo existente entre liberdade e igualdade e o Estado democrático de direito. Em sociedades formadas sobre valores democráticos isso certamente não causa estranheza. Liberdade e igualdade têm de passar por uma reflexão conforme o valor fundamental da fraternidade, pois esse valor pode constituir a chave pela qual podemos destrancar várias portas em direção a solução dos principais problemas hoje experimentados pela humanidade em tema de liberdade e igualdade (MENDES, 2018).

Destaca-se que pensar a igualdade conforme o valor da fraternidade significa levar em consideração as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, institui o igual apreço do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Em um comunidade caracterizada pelo pluralismo, a igualdade somente pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Desse modo, tem-se que, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade manifesta uma normatividade constitucional na rota do reconhecimento e proteção das minorias (MENDES, 2018).

Os Estados-constitucionais contemporâneos apresentam como um de seus intuitos, no fito de dar continuidade à ordem jurídica constitucional e possuindo como viés integrador central o princípio da dignidade da pessoa humana a inclusão de todos aqueles que compõe a sociedade política. Para tanto, buscam posicionar todos, o máximo possível, em uma situação de igualdade material, efetuando abstrações e generalizações de situações individuais, por meio da Constituição, da legislação e da aplicação da justiça, impedindo que particularidades se manifestem em casuísmos jurídicos e, notadamente, em favoritismos, procurando impedir o vigor da velha máxima: aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei (BASTOS, 2011).

Visto que, por um lado, a clássica visão liberal de igualdade como um valor unicamente formal há muito foi ultrapassada, em vista do seu potencial de ser um instrumento de legitimação da perpetuação de iniquidades, por outro lado o propósito de se assegurar uma efetiva igualdade material deve sempre considerar a imposição de se respeitar os demais valores constitucionais. Nesse ponto, vale ressaltar o que Alexy trata como o paradoxo da igualdade, na acepção de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito. Assim, a determinação

constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças estabelece um tratamento desigual por parte da lei (MENDES, 2018).

Salienta-se que, ao passo que em diversos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o obstáculo vem relacionado a outros vários fatores, dentre os quais realça a posição ou o status cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escreveu preteritamente Prado Júnior (2006, p. 109) “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos”. Isso não significa que não haja problemas étnicos no Brasil, pelo contrário, o preconceito está em toda parte. Entretanto, é importante ter em vista que a saída para tais problemas não está na importação acrítica de modelos desenvolvidos em épocas específicas considerando realidades culturais, sociais e políticas totalmente distintas das quais vivenciamos hoje no Brasil, mas na interpretação do texto constitucional conforme as especificidades históricas e culturais da sociedade brasileira (MENDES, 2018).

Nesse contexto de defesa e interpretação da Constituição sobrevém a jurisdição constitucional. Quando contextualizada dentro dos padrões que indicam a adoção de um Estado de Direito, manifesta-se, por um lado, a necessidade de se identificar as competências e os limites a que estão adstritos os Tribunais nessa incumbência e, por outro lado, a significativa tarefa de colaborar, dentro de suas competências, na concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos e dos objetivos previstos na Constituição (ÁVILA, 2015).

Considerando que o sistema constitucional se mostra em constante aprendizado, tem-se que a Constituição é um projeto aberto a constantes novas inclusões (NETTO, 2003). Isso oportuniza que novos direitos possam ser integrados. Ocorre que, em vez do Parlamento, as lutas de movimentos minoritários vem encontrando espaço principalmente no Judiciário. O Supremo Tribunal Federal detém competência para cuidar da garantia de direitos, concebendo o sentido da liberdade e da igualdade, como tarefa constitucional fundamental, que não se encontra à disposição de maiorias políticas conjunturais. O processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito também é local de luta ético-política, constitucional, por reconhecimento de novos sujeitos e direitos, em que se objetiva edificar o sentido

normativo de princípios e de direitos constitucionais – notadamente quando a arena formal de deliberação e decisão política se recusa a fazê-lo (BAHIA, 2013).

O STF, especialmente quando se trata de controle de constitucionalidade e de garantia de direitos, tem a tarefa de retroalimentar o debate público, concedendo legitimidade e voz a novos atores sociais e políticos, no sentido, inclusive, da igualdade de participação política (BAHIA, 2013).

Ainda, nesse contexto, destaca-se que a jurisdição constitucional (por meio do STF), tem o ofício de limitar, racionalizar e controlar o poder estatal, visando garantir a proteção das minorias e promover a reparação quanto as hostilidades que possam surgir para atingir a dignidade humana (ABBOUD, 2012).

A consolidação da jurisdição constitucional resultou na proteção dos direitos fundamentais e limitação do Poder Público, sendo estes fundamentos da própria evolução do constitucionalismo no ocidente, por conseguinte, têm sua evolução intrinsecamente relacionada (ABBOUD, 2012). Se, de um lado, o catálogo de direitos fundamentais concebe uma garantia formal para o pluralismo social, a jurisdição constitucional é que da efetividade a essa garantia, revelando-se como o instrumento hábil para a restabelecimento de grupos hostilizados, no que tange à defesa jurídica dos valores democráticos constitucionais. Para tanto, a jurisdição constitucional deve operar como instrumento de caráter jurisdicional que seja capaz de limitar o poder da maioria em relação à minoria, quando necessário (MARTOS, 2002).

A questão é que a real concretização da igualdade e da liberdade demanda uma atuação constante e cuidadosa da jurisdição constitucional. É por intermédio das efetivas decisões de Tribunais Constitucionais que esses valores supremos adquirem efetiva dimensão diante das especificidades históricas e culturais das diferentes sociedades. Destacando-se aqui, como já abordado anteriormente, a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, pois não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais (MENDES, 2018).

O desempenho dessa decisiva tarefa por parte do Tribunal não tem o condão de interferir negativamente nas ocupações do legislador democrático. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão postas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, desde os princípios da República (MENDES, 2018).

Quando trata-se de Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da Jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em prejuízo dos demais Poderes democraticamente constituídos. No cumprimento desse ofício, legislador democrático e jurisdição constitucional possuem posições igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição é tarefa investida a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade (MENDES, 2018). Como explica Häberle (1998) ao referir que todo aquele que vive a Constituição é também seu legítimo intérprete.

As intrínsecas tensões dialéticas como há entre direitos fundamentais e soberania popular ou entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento (por meio do diálogo), no âmbito de uma sociedade aberta e plural, assentado em princípios e valores fundamentais (MENDES, 2018).

Ao proceder esse desenvolvimento, efetivando direitos de algum grupo minoritário, obviamente, que o STF pode ter seu julgamento conforme o pensamento da maioria da sociedade, este, inclusive, pode ser um efeito de amadurecimento dos valores democráticos de uma sociedade. Entretanto, a vontade da maioria não configura, de modo algum, fundamento normativo de nenhuma decisão do STF. No Brasil as leis são criadas por indivíduos eleitos pela maioria da população, assim, seria clara incoerência aceitar que STF pudesse anular as leis do congresso pautando-se pela vontade da maioria (ABBOUD, 2012).

Numa verdadeira democracia, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. As constituições contemporâneas pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle. Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público (MENDES, 2018, p.8).

Dessa forma, a jurisdição constitucional não se revela conflitante com um sistema democrático, que institua limites aos ímpetos da maioria e monitore o exercício da vontade majoritária. Ao invés, esse órgão de controle funciona fortalecendo as condições normativas da democracia. O que não pode ocorrer é a sedução da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cabendo ao Poder Judiciário, nesse cenário, o papel de guardião da Constituição e

dos direitos fundamentais, como barreiras intransponíveis à deliberação política (MENDES, 2018).

Em contextos democráticos, ideologicamente, a lei expressa a vontade da maioria. Ela é formulada na esfera do Legislativo e representa a vontade que deriva daqueles que representam o povo (congressistas), e aqueles que os elegeram. Dessa forma, os direitos fixados pelas leis criadas no âmbito do Legislativo não são uma concessão ao povo, mas uma avanço imputado ao exercício político desse povo e suas escolhas políticas (ÁVILA, 2014).

Considerando que a lei é a expressão jurídica da vontade social, seus ônus são divididos entre os próprios integrantes da sociedade, mesmo que a maioria ou a minoria lidere um processo legislativo, ao final, caberá a todos os membros a observância a nova norma. Nesse ponto a sociedade civil brasileira vem progredindo, um exemplo é a criação de organizações não-governamentais (ONGs) e associações de defesa de direitos coletivos e difusos, que configuram-se como organismos coletivos que objetivam efetivar políticas públicas destinadas a atender os postulados de grupos minoritários, garantindo a proteção e efetivação dos direitos desses grupos (ÁVILA, 2014).

Por sua vez, o Poder Judiciário, acompanhando a evolução da sociedade civil, desenvolveu-se consideravelmente, permitindo a defesa dos direitos de minorias por meio de suas decisões, que filtram aquelas demandas legítimas das minorias, que não foram acolhidas pela maioria. Desse modo, o Poder Judiciário nivela a balança dos poderes entre a maioria e a minoria no intuito de que a última seja protegida em suas direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à informação, à educação, à sexualidade, ao credo religioso, à crença filosófica, a não discriminação, além de outros (ÁVILA, 2014).

Ao cuidar da proteção das minorias, fatalmente a Corte buscará se valer de maior legitimidade em suas decisões, demonstrando comprometimento com o constitucionalismo democrático, uma vez que um de seus empenhos seria reprimir a “tirania da maioria”. Afora a infinidade de definições que o termo “minorias” pode ensejar, repetidamente a discussão se dá quanto aos limites do Judiciário em proteger os grupos minoritários, ou seja, o limite do papel contramajoritário exercido pela Corte (COURA; ESCOSSIA, 2018). Nesse ponto, Barroso assevera:

Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2013, p. 42).

Na mesma linha, seguem Sarmento e Souza Neto:

E não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 35).

Considerando que, para alguns, a proteção das minorias esbarra no o princípio majoritário, tendo em vista que uma das principais manifestações da vontade popular se dá por meio do “voto da maioria”. Porém, sustentar o majoritarianismo seria suspeitar do real dimensionamento do direito das minorias, sendo essa tensão entre constitucionalismo (que se desdobra na defesa dos direitos fundamentais da minoria) e democracia (que se desdobra no processo decisório de uma maioria) é um dos desafios centrais dos teóricos da constituição (COURA; ESCOSSIA, 2018).

Destarte, a função contramajoritária visa garantir a força normativa da Constituição e a conservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso adverso, os arranjos minoritários seriam perseguidos e, ao final, eliminados. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal não pode furtar-se da atuação contramajoritária de sua jurisdição, pois deve assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, ainda que tal atuação possa contrariar a vontade da maioria da população (ABBOUD, 2012).

Outro papel exercido pelo STF é o representativo, primeiro, em razão do Supremo Tribunal Federal atuar para socorrer demandas sociais que não foram atendidas a tempo pelo Poder Legislativo e, segundo, quando agrega a ordem jurídica em contexto de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2014). O Supremo Tribunal Federal representa a sociedade, eis que, no dever de garantir e de concretizar os direitos fundamentais, acaba assim agindo (MAAS, 2016). Assim, mostra-se a face de um “Tribunal Social”, expressão assinalada por Häberle (2004), ao referir-se ao *Bundesverfassungsgericht* como um Tribunal Político:

“Hay que ver al Tribunal Constitucional Federal alemán en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: es un <<tribunal social>> sui generis y en sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre a la variedad de ideas e intereses – la assume -, y viceversa, guía él a la sociedad”. (Häberle, 2004, p.13),

Ainda, Barroso (2014) identifica o papel iluminista, na acepção de que é incumbência das Cortes Constitucionais possibilitarem certos avanços civilizatórios e impulsionar a história. Nesse ponto, se caracterizam decisões contramajoritárias, uma vez que não invalidam uma lei específica, bem como não caracterizam-se como representativas, por não expressarem o sentimento da maioria da população, mas são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos (MAAS, 2016).

Verifica-se que, dos papéis exercidos pelo Supremo Tribunal Federal, ele não apresenta aspecto tímido, no sentido de somente declarar, fiscalizar e controlar determinada lei ou ato normativo; ele funciona como um propulsor da vida social, apresentando-se como concretizador dos direitos fundamentais, o que faz, por vezes, com que seja acusado de invadir competências reservadas aos poderes públicos e à discricionariedade administrativa ou legislativa (MAAS, 2016).

Nessas circunstâncias o Supremo Tribunal Federal acaba por ganhar notoriedade:

(...)nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal ganha uma importância antes nunca vista, sendo suas decisões amplamente divulgadas e discutidas. Decisões como a dos fetos anencefálicos, das uniões homoafetivas e, também, do mensalão, entre outras, que dividiram as opiniões não só da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade (MASS, 2016, p.40)

Da visão inicial, na ideia cunhada por Kelsen, o papel dos Tribunais Constitucionais era somente de fiscalização e de controle, ou seja, de legislador negativo, realizando tão-somente um “filtro” quanto a contrariedade das leis em relação à Constituição, banindo-as do sistema jurídico (LEAL, 2007). Desse modo, não seria sua incumbência a criação da norma, mas apenas confronta-la com a Constituição, o que não conduziria a rivalidades entre os poderes, havendo respeito à sua separação e independência (RUIZ, 2010).

O que se apura é que a atual atividade dos Tribunais está relacionada a uma dimensão mais construtiva e criativa, baseada na necessidade de concretização dos princípios e dos direitos fundamentais estabelecidos nos textos constitucionais, razão pela qual acaba por ser alvo de críticas ao que se caracterizou como ativismo judicial, bem como a alegação de um Tribunal paternalista, onde a Corte Constitucional monopoliza os significados da Constituição através do desempenho do controle de constitucionalidade, igualando-se (podendo, de certo modo, até sobrepor-se) ao Poder Constituinte (LEAL, 2010).



Assimiladas tais compreensões, imprescindível passar a análise da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo na proteção das minorias em face do princípio da separação de Poderes.

### **3.3 A relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo na proteção do direito das minorias em face do princípio da separação de Poderes**

No Estado Democrático de Direito, há destacada preocupação com a dignidade da pessoa humana e ampliação dos direitos de controle e acesso ao poder, como também com a criação de instrumentos de nível e importância constitucionais, a fim de que tal tarefa ocorra de forma adequado e eficaz. O mesmo se dá no Brasil, trazendo consigo um novo olhar sobre os direitos fundamentais e à democracia, pilstras da Constituição Federal de 1988 (LEAL; BOLESINA, 2012).

Embora sejam pilares da Constituição, a relação entre democracia e direitos fundamentais, não é simples e tranquila, sendo que, não raras oportunidades, torna-se objeto de divergências. Desse modo, percebe-se uma aparente antinomia que abrange duas fundamentalidades do Estado Democrático de Direito e da própria Constituição Federal, eis que os dois pontos são amplamente defensáveis e justificáveis, notadamente se pensados isoladamente. Conquanto, a questão se dá na incumbência de uni-los e fazê-los conviver de forma harmônica, não somente no plano abstrato, como também no concreto (LEAL; BOLESINA, 2012).

Essas tensões tendem a findar no âmbito da jurisdição constitucional (ou justamente se iniciam nela?), ambiente que acabou sendo escolhido para a difícil e necessária função de guardião da ordem constitucional, encarregado de enfrentar situações das mais diversas, sempre em defesa dos valores e dos princípios no Estado brasileiro. Verifica-se que os temas levados à jurisdição constitucional, muitos dos quais eminentemente políticos, acabaram por colocá-la também na posição objeto de indagações múltiplas, que questionam o seu agir. Assim, igualmente o guardião se vê no meio da mencionada antinomia, necessitando decidir em casos difíceis, tais como a proteção e concretização dos direitos fundamentais das minorias em contenda com a vontade legislativa da maioria ou com outros direitos fundamentais da mesma (LEAL; BOLESINA, 2012).

As democracias são marcadas pelo aumento da litigiosidade e do número de processos judiciais. Via de regra, isso se dá em razão de uma maior ciência, por parte dos indivíduos, de seus direitos e da contínua procura por concretização e proteção desses direitos. Nesse ponto, destaca-se que, o aumento de demandas no Judiciário e sua atividade em face da inexecução ou do desrespeito de alguns direitos é um processo diverso do fenômeno da judicialização da Política, que pode ser determinado por uma transformação do objeto e da natureza, dos conteúdos que o Judiciário é provocado a decidir e como as decide, não se pode esquecer que estes dois fenômenos estão muito aproximados, uma vez que a consciência dos direitos e a demanda judicial dos mesmos repercute diretamente no objeto das ações que chegam ao Judiciário. Dessa forma, os temas que tradicionalmente são do âmbito Político passam a chegar ao Judiciário para decisão (LEMOS, 2015).

Este fenômeno tende a ser cada vez mais frequente, notadamente pelo fato de que atualmente é possível perceber uma constante ineficiência dos Poderes Públicos no exercício de seu dever de garantir os direitos dos indivíduos. Assim, esse fator tem se mostrado como um dos principais motivos do aumento da atuação do Judiciário em demandas que tradicionalmente não atuaria, eis que estão relacionadas – e fazem parte – ao âmbito de decisão do político (LEMOS, 2015).

Os argumentos contrários a esta atuação se amparam, principalmente, na questão da usurpação, por parte dos magistrados, das funções dos poderes políticos, como também da falta de legitimidade do Judiciário para a prática de tais atos. Apoiando-se nos referidos argumentos surgem expressões como “judicialização da política”, “politização da justiça” e “ativismo judicial” (LEMOS, 2015).

A expressão judicialização da política é utilizada para os feitos em que temas de grande repercussão, de ordem política ou social, passam a ser decididos pelo Judiciário, de modo que essa atuação acaba por afetar os Poderes políticos. Esse processo de judicialização é fruto de uma série de fatores e elementos. Um desses fatores, apontado como principal, é a redemocratização do Brasil, que acabou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e alargou as funções do Judiciário, que passa a ser um poder político, visto que tem a vocação de fazer valer as normas constitucionais, contra os demais poderes. Além disso, este processo reacendeu a chama da cidadania e fez com que os indivíduos ficassem mais informados e cientes de seus direitos. Como segundo fator ressalta-se o processo de constitucionalização

abrangente, isto é, em sua concepção contemporânea. Como já mencionado anteriormente, a Constituição não só estabelece a organização política do Estado, como também traz em seu conteúdo temas diversos, que antes eram restritos ao processo político. Nesse sentido, percebe-se, novamente, a aproximação de Direito e Política, pois a constitucionalização de matérias políticas significa transformar Política em Direito (BARROSO, 2009).

Por meio de um processo de incorporação de uma série de direitos fundamentais por parte da Constituição, associado a ideia de aplicabilidade direta da Constituição e sua superioridade normativa, todo o direito infraconstitucional passa a ser verificado a partir da Constituição. Desta forma, quando uma norma infraconstitucional incidir sobre um caso concreto, esta precisa estar em consonância as normas previstas na Constituição, notadamente aquelas que dizem quanto aos direitos fundamentais, por de serem direitos primordiais à sobrevivência do ser humano e que, em razão da sua fundamentalidade, merecem especial atenção e proteção. Ainda, salienta-se uma terceira causa, que diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade que, no Brasil, dá-se tanto no campo abstrato quanto no difuso, fazendo com que as leis (políticas) tenham controle pelo Judiciário (BARROSO, 2009).

Na atualidade, a atividade jurisdicional dos Tribunais tem adquirindo uma dimensão construtiva e criativa, fundada na necessidade de concretizar os princípios e direitos fundamentais previstos nos textos das constituições, assim, figuras como sentenças interpretativas e as frases manipulativas são cada vez mais frequentes, tal como os recursos para os instrumentos hermenêuticos que possibilitam sua consumação, mesmo quando isso acarreta uma transposição das funções originalmente reservadas para eles (LEAL, 2012)

Leal (2012) identifica as diferenças entre judicialização da política e do direito, a primeira delas mostra-se como reflexo da relação entre o Poder Judiciário com os outros Poderes do Estado, podendo dar-se por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, interferindo nas competências do Executivo, ou na definição de direitos e criação de normas, hipótese na qual estaria intervindo nas competências do Legislativo. Por sua vez, a judicialização do direito é decorrente de uma tendência à jurisprudencialização, isto é, tratando-se de normas abertas, a jurisprudência tende a estabelecer a significação e a extensão da norma, criando, desse modo, o Direito.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as ideias de Democracia, que se expressa principalmente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de Estado de Direito, que se revela pela consagração da supremacia constitucional e a observância aos direitos fundamentais, sendo, portanto, patente a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a garantia dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais (MORAES, 2003).

A jurisdição constitucional é o espaço no qual verifica-se a atividade de controle dos atos praticados pelo Estado e pela sociedade que sejam dotados de relevância jurídica constitucional, através do Poder Judiciário. No Brasil, como já referido, sua realização pode se dar por todos os tribunais ordinários – controle de constitucionalidade difuso – e mais profundamente por meio do Supremo Tribunal Federal – concentrado de constitucionalidade concentrado –, uma vez que este caracteriza o topo da hierarquia da jurisdição constitucional brasileira (BARROSO, 2011).

As condutas e omissões que feriram a humanidade no período do segundo pós-Guerra foram, de forma distinta, as razões que majoraram a importância do Poder Judiciário e possibilitaram a ele abandonar sua atuação restringida à exegese e ao formalismo, em proveito da defesa dos direitos fundamentais (LEAL, 2010). Isso somente se deu em decorrência da aceitação do constitucionalismo contemporâneo pelas comunidades constitucionalizadas, bem como pela consignação dos direitos fundamentais e das demais normas, de caráter aberto, nas leis fundamentais de cada Estado, o que oportunizou à jurisdição constitucional efetivar seu encargo, atenta às mudanças e particularidades do contexto social, político e cultural, voltada ao caso concreto (HESSE, 2009).

Esse exercício do Poder Judiciário na jurisdição constitucional ocorre por inúmeros motivos que, no decurso dos últimos anos, estão sendo desenvolvidos mais pontualmente. Tem-se que o constituinte de 1988 depositava certa descrença na performance dos poderes políticos – Legislativo e Executivo –, tanto que se desenvolveram inúmeros instrumentos, instâncias e limitações de cunho constitucional objetivando atar o agir desses poderes. Entretanto, essa descrença, não abarcava o Judiciário, máxime em razão da independência e das garantias

institucionais que a ele eram dadas, como também ante o acesso que o processo judicial concedia às partes para o debate amparado no contraditório diversamente do Legislativo e Executivo, que se isolam em si próprios. Nesse sentido, destaca-se dois aspectos de maior relevância na atuação do Poder Judiciário (FERREIRA FILHO, 2009).

Primeiro, em razão da supremacia constitucional, especialmente dos direitos fundamentais, que, antes de mais nada, merecem ser observados, mesmo em detrimento do interesse das majorias, incumbindo ao Poder Judiciário zelar por isso, validando ou invalidando atos e leis. Segundo, pois em um Estado Democrático de Direito, constitui-se como uma das tarefas fundamentais do Judiciário, notadamente em nível de jurisdição constitucional, assegurar direitos e garantias substanciais para o integral exercício da democracia e dos direitos fundamentais (BARROSO, 2017).

Decerto que a existência de normas por excelência principiológicas, como é o caso os direitos fundamentais, requerem preenchimento semântico em cada aplicação e, no que se refere ao Judiciário, isso não passou imune de críticas, que ressaltaram fatores como a insegurança jurídica, o paternalismo, a interpretação inadequada da Constituição, a repetição acrítica das jurisprudências pretéritas, o governo dos juízes, a politização da justiça, a judicialização da política e o ativismo judicial (BARROSO, 2011).

Leal e Bolesina (2012) destacam que a questão está em reconhecer algumas diretrizes que, no Brasil, fixaram-se a partir de 1988, com o advento da Constituição Federal. Reconhece-se que a atuação da jurisdição constitucional será sempre política, contudo, calcada em argumentos jurídicos, vejamos:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídico, mas a natureza de sua função é inegavelmente política [...]. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas Leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade (BARROSO, 2017, p.426).

Ainda, observa-se que, uma vez posta a Constituição como elemento superior de uma comunidade baseada em direitos fundamentais e na democracia, sua proteção deve ser buscada sempre, o que, a própria jurisdição constitucional fará (CITTADINO,

2009). Nesse cenário, de relevo retornar a noção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que vincula e obriga todos à sua observação e cumprimento (LEAL, 2003). Os referidos fundamentos são reunidos pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

Nenhum dos Poderes da República, Senhor Presidente, pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a manipulações hermenêuticas ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado democrático de direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder. [...] Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos [...] É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado democrático de direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra (MELLO, 2008, p. 10-17).

Desse modo, identifica-se que as críticas à jurisdição constitucional acontecem nem tanto referente à sua legitimidade na atuação em prol da Constituição, mas sim quando e quanto deve atuar (LEAL, 2007), notadamente nos casos que se ocupam com questões de feição política ou de decisão majoritária, nos quais o cerne estará entre democracia e direitos fundamentais. Hoje, já se pensa num Poder Judiciário que consiga garantir essas duas fundamentalidades – democracia e direitos fundamentais – ou seja, assegurar o alicerce da Constituição, tendo como ponto de partida a noção de que a defesa dos interesses majoritários vai até os limites autorizados pelos direitos fundamentais (LEAL; BOLESINA, 2012). Devendo, para tanto, o Poder Judiciário pautar sua atuação no respeito as decisões dos órgãos políticos, bem como assegurar e fortalecer o regime democrático:

O Poder Judiciário de uma constituição republicana deve adotar duas espécies de posturas respeitadas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: uma postura de deferência judicial às decisões dos órgãos de direção política do Estado; e uma postura de garantia e fortalecimento judicial do regime democrático. [...] É verdade que deferência e respeito não podem significar, por um constitucionalismo republicano, reverência e muito menos subserviência. O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular (MELLO, 2004, p.178).

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência instituída pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas, que é pilar fundamental da obra do moderno Estado de Direito. Por seu turno, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana exigências de igualdade e liberdade individual que levam, de forma necessária e sem desvios, à adoção da regra da maioria como princípio fundamental de funcionamento do sistema político, motivo pelo qual, baseando-se nessa construção, se não houver democracia, não há verdadeiro Estado de Direito e vice-versa. Entretanto, há um movimento de sentido contrário, pois a democracia exige também o Estado de Direito (direitos fundamentais). “Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia” (NOVAIS, 2006, p. 20).

No entanto, a integração de democracia e direitos fundamentais está longe de ser um trabalho simples, o mesmo quando se refere a sua defesa, que tende a ser sempre, segundo Novais (2006), controversa, principalmente por parte da jurisdição constitucional. Já de parte da democracia, ponderam que a maioria, ainda que a governamental, legitimada pelo sufrágio universal, pode atacar direitos fundamentais de minorias. Procedimentos democráticos de acesso e utilização do poder não é, intrinsecamente, requisito suficiente para assegurar que haja correspondência entre Lei e Direito ou observância às substâncias materiais da Constituição (NOVAIS, 2006). Existe, na esfera de todas essas complexibilidades, a possibilidade de ataque direto a ideia e aos interesses imanentes dos direitos fundamentais (LEAL; BOLESINA, 2012).

Tem-se, quanto aos direitos fundamentais, que os seus quatro extremos – hierarquia, força de imposição, proteção de objetos relevantes e conteúdo aberto – podem reproduzir facilmente a democracia, o que pode ser percebido em duas possibilidades. A primeira, diante da necessidade de observância de certos conteúdos fundamentais impostos pela Constituição a toda comunidade – Estado e sociedade – que repercutem, principalmente, no Legislativo e no Executivo. Na segunda, quando o Poder Judiciário que, no Brasil, não é democraticamente eleito, procede apoiado nos direitos fundamentais, na contramão das decisões majoritárias de órgãos legitimamente eleitos (NOVAIS, 2006).

Acrescenta-se a isso os conteúdos que dizem respeito, de modo específico, à atividade do Poder Judiciário na atmosfera da jurisdição constitucional – insegurança jurídica, paternalismo, interpretação inadequada da Constituição, repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, governo dos juízes, politização da Justiça, judicialização da política, ativismo judicial e Direito Judicial. Aqui, destaca-se que muitos destes argumentos não persistem, de um lado ou de outro, a uma interpretação constitucional verdadeiramente compromissada com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito (LEAL; BOLESINA, 2012).

A premissa básica que fundamenta a legitimidade da Justiça constitucional parte da noção de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, uma vez que, enquanto a Democracia identifica-se no governo da maioria, apoiado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, a observância aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não somente para proteção da maioria, como também, dos direitos da minoria. Dessa forma, indispensável a compatibilização do Parlamento (que representa o princípio democrático da maioria) com a Justiça constitucional (que representa a garantia do Estado de Direito) e a garantia dos direitos da minoria. Verifica-se que a jurisdição constitucional extrai sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais (MORAES, 2003).

Assim, tem-se que, no Estado Democrático de Direito, não há como desvincular os direitos fundamentais da democracia, ambos se preservam, se completam, formando um vínculo de interdependência entre um e outro. Nesse ponto, vale destacar que cabe ao Poder Judiciário a missão de zelar, em última instância, pelos princípios e valores eleitos pela comunidade, protegendo-os de hostilidades, não importando se provenientes da parcela majoritária ou da parcela contramajoritária (LEAL; BOLESINA, 2012).

A discussão, em seu âmago, tende a ter caráter universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. Como já mencionado, democracia não se limita ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Existem outros princípios a serem resguardados e há direitos da minoria a serem garantidos. Cidadão não é sinônimo de eleitor; governo do povo não significa governo do eleitorado. Em suma, o processo político majoritário se movimenta por interesses,



enquanto que a lógica democrática se inspira em valores. E, não raras vezes, só restará o Judiciário para guardá-los. O déficit democrático do Judiciário, fruto da dificuldade contramajoritária, não é obrigatoriamente maior que o do Legislativo, do qual a composição pode estar contaminado por males diversos, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, abuso do poder econômico e manipulação dos meios de comunicação. A tarefa do Judiciário e, notadamente, das Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais deve ser garantir o processo democrático e prover os valores constitucionais, afastando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, apesar disso, desqualificar sua própria atividade (BARROSO, 2017).

Fato é que uma decisão que abrange a tensão entre democracia e direitos fundamentais inevitavelmente irá contentar a uns e descontentar a outros, entretanto, não é por causa disso que ela não pode ser legitimamente adequada e acertadamente exercida. Dessa maneira, o que se apresenta é o manejo da questão com base nas premissas do constitucionalismo democrático ou democracia constitucional associada à ideia de uma jurisdição constitucional aberta (LEAL; BOLESINA, 2012).

Os eventuais enfrentamentos entre a legitimidade da Justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante têm de ser solucionados em uma utilização equilibrada e harmônica do princípio da separação de funções estatais, uma vez que todos os poderes realizam funções únicas do Estado, em uma visão mais contemporânea das funções estatais, que verifica fundamentar-se o Estado Constitucional de Direito na noção de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, nos quais os agentes políticos têm a tarefa primeira de exercerem atos de soberania. Assim, o que a doutrina liberal clássica procura denominar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno define como divisão de tarefas estatais, de atividades entre diversos órgãos autônomos (MORAES, 2003).

Outros, ainda, sustentam uma lógica de cooperação, sustentando que:

(...) a Constituição Federal incorpora em seu texto diferentes situações nas quais deverá haver cooperação. Não existe uma referência, no texto constitucional, ao menos de forma expressa, do princípio da cooperação. Contudo, em razão da previsão dessas situações cooperativas e da existência de um federalismo cooperativo no Brasil (cooperação entre os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sustenta-se, segundo explicitado no tópico anterior, a ideia de que a noção de cooperação pode ser tida como um princípio implícito no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Um dos maiores fundamentos para esta apropriação

da cooperação é o dever de realização dos direitos fundamentais (a partir de um noção de dimensão objetiva desses direitos), pois trata-se de uma responsabilidade conjunta de todos os órgãos e entes estatais. A partir dessas noções já apresentadas, defende-se uma atuação cooperativa também entre os três Poderes do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário, fundada na concepção háberleana de cooperação, que se associa com a ideia de abertura da Constituição tanto para fora (cooperação internacional), quanto para dentro (cooperação interna) (Lemos, 2015, p. 138)

Progressivamente a cooperação se mostra como medida qualificada para uma nova concepção da relação entre os Poderes do Estado em termos de Políticas Públicas de direitos fundamentais sociais. Isso decorre de alguns fatores, destacando-se o fato de que a cooperação, além de desejável para a relação entre os Poderes, revela-se como necessária para o bom funcionamento do Estado, uma vez que sua aplicação, por meio de uma atuação compartilhada entre Executivo, Legislativo e Judiciário, resulta em ações mais qualificadas e, conseqüentemente, menos demandas postulando a concretização dos direitos envolvidos (LEMOS, 2015)

Lemos (2015) defende que a aplicação do princípio da cooperação ocorre em termos de Políticas Públicas de direitos fundamentais sociais (o que, no entanto, não significa que não possa ser aplicada em matérias diversas). No Brasil, percebe-se uma forte tendência à judicialização de demandas de natureza política, devido ao Estado (Executivo e Legislativo) não estar, em muitas ocasiões, atuando.

Para a autora, a partir do momento em que a cooperação for internalizada pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, suas atuações poderão ser compartilhadas, assim, a participação conjunta dos três Poderes, já no processo de formulação das Políticas Públicas, poderá ajudar a conferir maior efetividade das mesmas, evitando a judicialização.

Assim, a cooperação atua de forma a diminuir a estrita separação entre Direito e Política, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, procedendo uma aproximação, a qual possibilita a realização de ações compartilhadas. Essa aproximação entre os três Poderes e a possibilidade de execução conjunta de tarefas e ações, em prol da realização dos direitos fundamentais sociais, fazem com que o Judiciário se torne um “novo ator” no âmbito das Políticas Públicas, abrindo novos espaços para sua atuação:

(...) uma atuação que deixa de ser negativa, de controle, para ser positiva, de ação conjunta, de um agir efetivo que visa à efetividade das Políticas Públicas. E, a partir do momento em que, além de se perceber a relação entre Poderes de forma diferente – não mais no sentido de separação e afastamento, mas no sentido de aproximação e cooperação –, o Judiciário passa a ter reconhecida sua atuação em termos de Políticas Públicas, há,

também, que se analisar como se dará esta atuação cooperada na relação entre Direito e Política, para que se possa, ao final, apresentar instrumentos concretos, mecanismos de exercício dessas competências mancomunadas entre os três Poderes (Lemos, 2015, p. 166)

As Constituições, visando, notadamente, afastar o arbítrio e a afronta aos direitos fundamentais do homem, estabelecem a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, dividindo entre eles as funções estatais, como também gerando mecanismos de controles recíprocos, sempre como forma de assegurar a perpetuidade do Estado democrático de Direito (MORAES, 2003).

Dessa forma, o constitucionalismo democrático estabelece suas premissas sobre três pontos, quais sejam: a) democracia; b) direitos fundamentais; c) jurisdição constitucional (MELLO, 2004). Unindo-se tais premissas à noção de jurisdição constitucional aberta, revela-se que a jurisdição constitucional tem a incumbência de estar aberta para a deliberação com todos, reconhecendo-a; e ela se reconhecendo como verdadeiro canal de representação popular, em um processo contínuo de avaliação e debate quanto a Constituição e a sociedade, porém, sem ultrapassar os limites substanciais que são expressados pelos direitos fundamentais e desde que a decisão seja devidamente justificada (ALEXY, 2008).

Cabe destacar que, como indicado por Dworkin (2010), a representação não será como aquela realizada pelos poderes políticos do Estado, uma vez que, enquanto Legislativo e Executivo trabalham com razões políticas, o Judiciário irá lidar com argumentos idealísticos de princípios.

O que se percebe, pois, é a impossibilidade de se retroceder quanto à existência e à atuação da jurisdição constitucional, a discussão que se apresenta é, dessa forma, a de como incluí-la, de modo efetivo, nos espaços da democracia, ou seja, frente a imprescindibilidade de um tal controle, a questão principal que se coloca é a de como edificar, a partir da ideia de Constituição aberta, também uma jurisdição constitucional aberta. Assim, acredita-se que o resgate da legitimidade da jurisdição constitucional não passa, fundamentalmente, por uma imposição de limites ou restrições a sua atuação, tampouco por um regresso ao Legislativo como solução mágica para a garantia dos pressupostos da separação dos poderes. Visto que, em um Estado em que se busca a igual dignidade, não há como se beneficiar, de forma simplista, a maioria identificada com o sistema representativo, uma vez que o grande desafio é a inclusão das minorias, comumente fragilizadas no jogo democrático das

leis, não somente no sentido de participação, como também no sentido de concretização dos direitos (LEAL, 2007).

Nesse caminho, o Judiciário surge como um espaço privilegiado para construção/resolução dos conflitos, devendo ser tido como um local a mais para o exercício da cidadania. O que demanda aceitação de que compete à atividade jurisdicional, sim, uma atuação de natureza política, pois a “fórmula” da harmonia entre os poderes do Estado está, justamente, não em sua separação, mas sim em sua complementariedade, possibilitando que, nas oportunidades em que um poder ou outro não realiza de forma plena as suas funções, exista ainda outras instâncias para o debate das questões fundamentais que envolvem a sociedade. Assim sendo, trata-se de uma inserção do Poder Judiciário na esfera democrática, sendo essa a concepção sob a qual entendemos que a jurisdição constitucional deve ser compreendida (LEAL, 2007).

Desse modo, imprescindível perceber a relação entre os três Poderes por um novo viés, ultrapassando-se a noção de supremacia de um poder em relação aos demais e dirigindo-se para a adoção de uma postura que envolva o diálogo entre eles, eis que a aplicação da teoria dialógica proporcionaria maior legitimidade aos Poderes quando da tomada de decisão, simplificando a interação desses em benefício da proteção de direitos (LEAL; MORAES, 2018).

Para tanto, o diálogo institucional demanda que os Poderes do Estado envolvidos, de boa-fé, tenham como objetivo a decisão mais apropriada e dialoguem a seu respeito, de modo que a própria revisão judicial aproprie-se desse caráter dialógico, abolindo-se a ideia de uma última palavra proferida pela jurisdição e admitindo a possibilidade de falhas por parte de todas as instituições políticas, opondo-se as doutrinas da supremacia judicial e parlamentar. Faz-se essencial destacar que esse diálogo deve basear-se em uma argumentação que indique a razão da adoção dos fundamentos defendidos por cada uma das partes, não se mostrando somente como uma sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado (LEAL; MORAES, 2018).

Sendo assim, há que se reconhecer a abertura ao diálogo por parte do Poder Legislativo ao oferecer as razões que entende como corretas e contrapor os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão, buscando a melhor decisão.

Assim, assimiladas as noções para a compreensão da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo na proteção do direito das minorias em face do princípio da separação de Poderes, o próximo capítulo tratará da atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias

## **4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE NÃO DISCRIMINAÇÃO E REALIZAÇÃO DO DIREITO DE IGUALDADE DAS MINORIAS**

É a Constituição a expressão, por excelência, da posituação de direitos fundamentais, no âmbito interno de cada Estado. O reconhecimento e o efetivo abrigo dos direitos fundamentais figuram como cerne das constituições democráticas modernas. Isto porque sem direitos protegidos, não há que se falar em democracia.

Como o próprio nome indica, o controle concentrado de constitucionalidade tem como característica principal o julgamento sobre a constitucionalidade das leis. Esse controle, em relação à Constituição Federal - é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF)- ganhou força, mormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 e possui, como uma de suas principais justificativas, aptidão para a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O que se verifica, então, é que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, tem sido utilizado como uma outra arena política, em que minorias têm a possibilidade de ter resguardados e efetivados seus direitos.

### **4.1 A atuação do Supremo Tribunal Federal: explanação dos casos a serem analisados (ADC 41/DF, ADI 5.357 DF e ADI 4.439/DF)**

O primeiro caso a ser analisado refere-se a uma Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/Distrito Federal (ADC 41/DF), com pedido de medida cautelar, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), possuindo como objeto a Lei nº 12.990/2014, que destina aos negros 20% (vinte por cento) das vagas disponibilizadas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na esfera da administração pública federal direta e indireta. A íntegra da Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos). § 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

A ação tem como intuito rechaçar a controvérsia judicial quanto a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. O requerente assevera haver decisões contraditórias acerca da validade da lei em exame em várias instâncias do país. Desse modo, indica, por um lado, decisões que dispensam a sua aplicação, em controle difuso, por entenderem que a política de resguardo de vagas para negros em concursos públicos infringe o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, *caput*), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, *caput*), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade. A título exemplificativo a decisão da 8ª Vara do Trabalho de João

Pessoa, Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025, sentença proferida pelo juiz Adriano Mesquita Dantas, em 18.01.2016.

Por outro lado, demonstra a existência de inúmeros concursos públicos em prosseguimento com previsão de reserva de vagas nos termos da Lei nº 12.990/2014 e de ações que objetivam garantir a efetiva aplicação da lei em tais concursos, a exemplo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal relativa a concursos para ingresso na carreira militar (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 7ª Vara Federal do Distrito Federal, Proc. nº 0040614-42.2015.4.01.3400).

Ainda, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil listou decisões conflitantes no que tange ao procedimento de constatação da condição de cotista. De modo exemplificativo, mencionou a concessão de medida liminar com a finalidade de anular norma do edital de concurso público que determinou o envio de foto pelo candidato, estabelecendo-se “*nova verificação, desta feita fundada em procedimento devido, de acordo com a Lei nº 9.784/99 e o próprio art. 2º, parágrafo único da Lei 12.990/2014, com avaliação presencial e decisão motivada*” (TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 0008535-95.2015.4.02.0000, decisão Monocrática do Rel. Desembargador Marcus Abraham, de 21.08.2015). Assim, o requerente sustenta a necessidade de pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir segurança jurídica e barrar qualquer conduta jurídica divergente, tanto em quanto à constitucionalidade da reserva de vagas nos concursos para cargos efetivos e empregos públicos, como também em relação ao respeito do procedimento da autodeclaração.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil posiciona-se pela constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 basicamente por três fundamentos. A) Porque tem como finalidade a redução da discriminação racial, que se revela tanto no campo da educação, como no mercado de trabalho; B) Porque se destina a promover a igualdade material, de modo a efetivar a igualdade de oportunidade entre os negros e brancos no Brasil, C) porque busca possibilitar uma maior representatividade aos negros e pardos no serviço público, assegurando que os quadros do Poder Executivo representem a realidade da população brasileira.

Outrossim, quanto ao critério da autodeclaração, estabelecido no art. 2º, caput e parágrafo único da Lei em análise, o requerente manifesta-se como sendo o mais apropriado. Arrazoando que a escolha de um critério objetivo de classificação racial



não harmoniza com o propósito das cotas de combate à discriminação, pois para mudar a classificação racial em um instrumento de luta política contra o racismo, é indispensável que os brasileiros possam determinar a sua própria cor e o grupo ao qual fazem parte na sociedade brasileira. Destaca, ainda, que a indicação de quem é negro no Brasil é uma questão social, e não biológica.

No entanto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil admite a constitucionalidade da utilização de modo subsidiário do critério da hetero-atribuição como forma de controle de fraudes, contanto que observados os preceitos constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, e resguardado o contraditório e a ampla defesa.

O feito foi submetido ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, em razão da relevância da matéria. Pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso, foi determinada a intimação da Presidência da República, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal, autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado, para que se manifestassem sobre o pedido, sendo também ordenado o encaminhamento do processo ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para as devidas manifestações.

A Presidência da República defendeu, ao prestar suas informações, a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, por tratar-se de proposição o objetiva à máxima consumação dos direitos fundamentais da igualdade, em sua dimensão material, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do princípio da justiça social. Sustentou que a reserva de vagas para negros tem como intuito a correção ou, ao menos, abrandamento da distorção material referente à participação reduzida de negros no serviço público federal, notadamente nas carreiras de maior remuneração e acesso a espaços de poder.

Além disso, para a Presidência, é razoável aplicar-se ao caso o entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF) 186 (cotas raciais em universidades públicas), quando a Corte firmou a possibilidade de adoção temporária de ações afirmativas com corte étnico-racial, a fim de possibilitar a efetivação da igualdade material e a ultrapassagem de desigualdades historicamente constituídas. No que se refere a constitucionalidade do critério previsto no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei, destacou que a autodeclaração é o critério mais utilizado nos processos de classificação racial. No

entanto, ressaltou que no julgamento da ADPF 186 o Supremo Tribunal Federal entendeu que tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação são admissíveis do ponto de vista constitucional, contanto que não desrespeitem a dignidade humana e que a identificação pelo próprio indivíduo seja realizada anteriormente, sem prejuízo de mecanismos complementares para impedir possíveis fraudes.

A Câmara dos Deputados não apresentou manifestação. O Senado, por sua vez, sustentou a constitucionalidade formal e material da Lei e, como resultado, manifestou-se pela procedência do pedido formulado na ação. Sob a perspectiva material, destacou que a Lei nº 12.990/2014 é decorrente do amadurecimento de políticas públicas, que foram se consolidando após a Constituição de 1988, outorgando efetividade ao objetivo fundamental da República, de erradicar a pobreza e a marginalização e conter as desigualdades sociais e regionais no País. Prossequindo, expôs as justificativas apresentadas e as discussões havidas por ocasião da propositura e tramitação do projeto de Lei nº 6738/2013, que originou à Lei nº 12.990/2014. Fundamentou no sentido de que a reserva de vagas para negros no serviço público encontra-se em conformidade com o princípio da igualdade material e com os objetivos republicanos elencados nos incisos I, III e IV do art. 3º da Constituição Federal, quais sejam: “(i) a construção de uma sociedade justa e solidária (ii) a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais (iii) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação”. Nessa acepção, também salientou que o Supremo Tribunal Federal já manifestou-se favoravelmente às cotas raciais nas universidades públicas, quando do julgamento da ADPF 186. Por fim, afirmou que a forma de comprovação da condição de negro prevista na Lei, o princípio da autodeclaração, é o que melhor resguarda a dignidade da pessoa humana, sem olvidar da responsabilidade decorrente da falsa declaração.

Por seu turno, a Advocacia Geral da União também se manifestou pela procedência do pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Defendeu que a lei está de acordo com os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, como também com o postulado do Estado Democrático de Direito. Manifestou-se no sentido de que a medida de ação afirmativa instalada pelo ato questionado objetiva a redução das desigualdades fáticas entre os candidatos que disputam para ingressar nos quadros de pessoal da Administração

Pública federal. Demonstrou, nesse contexto, que a reserva de vagas em debate institui mecanismo de inclusão de grupos sociais excluídos do serviço público, cuja adoção não é apenas permitida, mas exigida pelo princípio da isonomia, previsto pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, a Procuradoria-Geral da República defendeu a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, juntando parecer no qual rogou pelo conhecimento da ação e pela procedência do pedido. Assim, asseverou que a política de ação afirmativa destinada à reserva de vagas para cidadãos negros em concursos públicos harmoniza-se com princípios e valores consagrados na Constituição da Federal de 1988, principalmente com a garantia constitucional da isonomia material (art. 5º, caput) e com os objetivos gerais do Estado Democrático de Direito e os fundamentais da República Federativa do Brasil, direcionados à edificação de sociedade solidária, fraterna e pluralista, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e outras formas de discriminação.

Por fim, foram admitidas como *amici curiae* as seguintes entidades: (i) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, e (ii) EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, representada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

O segundo caso a ser analisado trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357/DF (ADI 5.357 DF) de relatoria do Ministro Edson Fachin, com pedido de medida cautelar, oferecida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, em face do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas”, conforme se observa:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu

pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

A CONFENEN aponta violação aos arts. 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *caput*, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, § 1º, inciso II, todos da Constituição da República.

O tema nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade é a obrigatoriedade das escolas privadas de disponibilizarem atendimento educacional apropriado e inclusivo às pessoas com deficiência. Em suma, a requerente defende que a Lei nº 13.146/2015 determina medidas de custo muito elevado para as escolas privadas, infringindo os dispositivos constitucionais supra mencionados, o que conduziria ao encerramento das atividades de muitas delas. Desse modo, requereu, cautelarmente, a suspensão da eficácia do parágrafo 1º do art. 28, e *caput* do art. 30 da Lei nº 13.146/2015.

O Presidente da Câmara dos Deputados prestou informações quanto a tramitação do projeto de lei que deu origem à norma impugnada. O Presidente do Senado Federal, prestou informações afirmando a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015 e sua harmonia com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que refutaria a tese da Requerente. Requereu o indeferimento da cautelar pleiteada.

A Presidência da República salientou que com a aprovação da Lei nº 13.146/2015 a temática da deficiência, que antes era tratada como um problema médico, passou a ser enfrentada como uma questão social, que requer a adoção de medidas necessárias à superação de obstáculos e à garantia da integral inclusão na vida comunitária. Requereu o indeferimento da medida cautelar, bem como a improcedência dos pedidos da petição inicial.

A Advocacia-Geral da União pronunciou-se pelo indeferimento da medida cautelar, argumentando que os dispositivos impugnados são compatíveis com a Constituição Federal de 1988. Ainda, destacou que as disposições normativas possibilitam a política de educação inclusiva da pessoa com deficiência, objetivando à garantia de igualdade de oportunidades.

Foram admitidos como *amici curiae* a Federação Nacional das Apaes – FENAPAES, Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down – FBASD, Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo – ABRAÇA, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPSP, o Movimento de Ação e Inovação Social MAIS – Movimento Down, a Organização Nacional de Cegos do Brasil – ONCB, e a Federação das Fraternidades Cristãs de Pessoas com Deficiência do Brasil – FDC/BR.

O terceiro caso diz quanto a ação direta de inconstitucionalidade 4.439/Distrito Federal (ADI 4.439/DF), foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e tem como objeto o artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), e o artigo 11, § 1º do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil” (“Acordo Brasil-Santa Sé”), admitido através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado mediante o Decreto nº 7.107/2010. Vejamos os dispositivos impugnados:

Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

Decreto nº 7.107/2010 - Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé

Artigo 11. (...)

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

A Procuradoria-Geral da República busca, na referida ADI, proporcionar interpretação conforme a Constituição Federal aos mencionados dispositivos para determinar que o ensino religioso em escolas públicas tão somente pode ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na posição de

representantes das confissões religiosas. Caso prepondere o entendimento de impossibilidade do pedido principal formulado, busca-se a obtenção, de forma subsidiária, da declaração de inconstitucionalidade do trecho “católico e de outras confissões religiosas”, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.

A tese sustentada pela parte Autora é a de que a única forma de harmonizar o caráter laico do Estado brasileiro (CF/1988, art. 19, I) com o ensino religioso nas escolas públicas (CF/1988, art. 210, § 1º) reside na adoção de modelo não-confessional. Desse modo, a disciplina deve ter como conteúdo programático a explanação das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões, inclusive posições não-religiosas, sem a adoção de qualquer partido por parte dos educadores, e não deve ser ministrada por pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas, mas sim por professores regulares da rede pública de ensino. Conforme a Procuradoria-Geral da República, o princípio da laicidade é conflitante com os modelos (1) confessional, que tem como intuito a promoção de uma ou mais confissões religiosas e é, preferivelmente, ministrado por representante da confissão; e (2) interconfessional ou ecumênica, cujo propósito é a promoção de valores e práticas religiosas, baseando-se em um consenso entre as religiões mais representativas na sociedade, podendo ser ministrada tanto por membros das comunidades religiosas, como por professores da rede pública. Isso porque, segundo a Procuradoria-Geral da República, ambos os modelos provocariam endosso ou subvenção estatal a crenças, não havendo a neutralidade estatal em matéria religiosa garantida pelo princípio da laicidade. Com os mesmos fundamentos, a Procuradoria-Geral da República sustenta que representantes das diferentes denominações religiosas não podem ocupar a condição de professores da disciplina.

O Ministro Ayres Britto, quando relator da ação, submeteu o feito ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, dada a magnitude da matéria. Em continuidade, determinou (1) a intimação da Presidência da República, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal, autoridades das quais são oriundos os atos normativos impugnados, para que se manifestassem sobre o pedido, como também (2) o encaminhamento do processo ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para manifestação.

A Presidência da República, em suas informações, defende que a demanda da requerente não merece acolhimento, eis que não há qualquer desalinhamento entre

as normas objeto de impugnação e a Constituição Federal. Conforme expõe, a vedação ao proselitismo e a previsão constitucional da laicidade do Estado não assinalam que a única forma de ensino religioso que pode ser lecionada nas escolas públicas seja aquela de caráter não-confessional, permitindo, dessa forma, qualquer um dos três modelos. Sustenta que, pelo contrário, a adoção do entendimento que vede o oferecimento da disciplina nos modelos confessional e interconfessional violaria o artigo 210 da Constituição, de modo que inviabilizaria que escolas oferecessem ensino religioso compatível com a diversidade religiosa de seus alunos. De acordo com a Presidência, a facultatividade da matrícula já seria capaz de garantir que não haverá proselitismo. Por fim, argumenta que o pedido relativo ao impedimento da admissão de professores na qualidade de representantes de confissões religiosas é insustentável, uma vez que as condições de admissão e habilitação de professores em escolas públicas devem objetivar o melhor interesse da educação dos alunos. No que tange ao Acordo Brasil-Santa Sé, sustenta que a expressão “católico e de outras religiões” não afeta a constitucionalidade do texto, mas valida os princípios constitucionais da liberdade religiosa, da laicidade do Estado e do respeito à diversidade religiosa do país, mostrando-se como um empenho para que a orientação religiosa da proponente do Acordo não representasse a discriminação das diferentes confissões.

Por sua vez, a Câmara dos Deputados limitou-se a ressaltar que o Decreto Legislativo em análise foi processado pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais. Já o Senado Federal sustenta que as normas impugnadas não caracterizam violação a qualquer preceito constitucional, pois: (1) a disciplina é de caráter facultativo, e, logo, nenhum aluno poderá ser prejudicado por não frequentar as aulas; (2) existe expressa previsão legal no sentido de que o conteúdo da disciplina será estabelecido após a oitiva da comunidade e em observância à liberdade de crença, à diversidade cultural religiosa e à pluralidade confessional do Brasil, assim, haveria violação a liberdade religiosa se o Estado se opusesse a ofertar o ensino de determinada religião; (3) é possível que o ensino religioso tenha caráter confessional, interconfessional ou não-confessional, opções que foram contempladas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em sua atual redação, e (4) o pedido de proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas é matéria infraconstitucional, que deve ser determinada pelos sistemas de ensino.



Por seu turno, a Advocacia-Geral da União também se manifestou pela improcedência do pedido. Sustentando que o art. 210, §1º, da Constituição estabelece que o ensino religioso a ser ensinado nas escolas públicas não tem cunho aconfessional, uma vez que, se fosse dotada dessa natureza, não haveria razão para se de matéria facultativa aos alunos. Dessa forma, o caráter facultativo e a vedação ao proselitismo seriam o bastante para tornar o ensino religioso harmônico com os demais princípios constitucionais incidentes. Ainda, a Advocacia-Geral da União aduz que a contratação de professores deve observância as disposições gerais de admissão no serviço público, abarcando, inclusive, a realização de concurso público, de modo que não seria coadunável com o princípio da igualdade proibir que professores ligados a instituições religiosas ingressem nas instituições estatais de ensino. Por fim, no que diz respeito ao Acordo Brasil-Santa Sé, sustenta que a norma não contraria o texto constitucional, eis que estabelece de forma expressa o respeito à diversidade cultural e religiosa do país. O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e pela total procedência do pedido, fazendo referência às razões expostas na inicial da ação.

Foram admitidas como *amici curiae* as seguintes entidades: (1) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; (2) Fórum Nacional Permanente de Ensino Religioso – FONAPER; (3) Conferência dos Religiosos do Brasil – CRB; (4) Associação Nacional de Educação Católica do Brasil – ANEC; (5) Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro – GLMERJ; (6) Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; (7) Conectas Direitos Humanos; (8) ECOS – Comunicação em Sexualidade; (9) Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM; (10) Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Plataforma DHESCA Brasil); (11) Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; (12) Liga Humanista Secular do Brasil – LIHS; (13) União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro – UJUCARJ; (14) Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul; (15) União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP; (16) Associação Nacional de Juristas Evangélicos ANAJURE; (17) Centro Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da USP e (18) Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ – Clínica UERJ Direitos. Somente a CNBB, a CRB, a ANEC, a UJUCARJ, a UJUCASP, a Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul e a ANAJURE manifestaram-se pela improcedência

do pleito da Procuradoria-Geral da República. Todos os demais se manifestaram pela procedência dos pedidos formulados na ação.

Tendo em vista que o julgamento desta ação direta envolveu questões que ultrapassam os limites do estritamente jurídico, requerendo conhecimento interdisciplinar quanto a aspectos políticos, religiosos, filosóficos, pedagógicos e administrativos relacionados ao ensino religioso no país, convocou-se audiência pública sobre o tema. A audiência pública foi realizada em 15.06.2015, sendo ouvidos responsáveis pelo sistema público de ensino, de grupos religiosos e não-religiosos e de outras entidades da sociedade civil, como também de especialistas com reconhecido conhecimento do tema. Compareceram a audiência as seguintes entidades, que foram previamente convidadas: (1) Conselho Nacional de Secretários de Educação (CONSED); (2) Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE); (3) Confederação Israelita do Brasil (CONIB), (4) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), (5) Convenção Batista Brasileira (CBB), (6) Federação Espírita Brasileira (FEB), (7) Federação das Associações Muçulmanas do Brasil (FAMBRAS), (8) Igreja Assembleia de Deus - Ministério de Belém, (9) Liga Humanista Secular do Brasil (LIHS), e (10) Sociedade Budista do Brasil (SBB).

Além das referidas, foi deferida a participação de outros órgãos e entidades inscritos nos termos do edital de convocação, quais sejam: (1) Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; (2) AMICUS DH - Grupo de Atividade de Cultura e Extensão da Faculdade de Direito da USP; (3) Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; (4) Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel (ANAJUBI); (5) Arquidiocese do Rio de Janeiro; (6) Associação Inter-Religiosa de Educação e Cultura (ASSINTEC); (7) Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Teologia e Ciências da Religião (ANPTECRE); (8) Centro de Raja Yoga Brahma Kumaris; (9) Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ; (10) Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados; (11) Comissão Permanente de Combate às Discriminações e Preconceitos de Cor, Raça, Etnia, Religiões e Procedência Nacional (CPCDPCRERPN); (12) Comitê Nacional de Respeito à Diversidade Religiosa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; (13) Conectas Direitos Humanos; (14) Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação; (15) Convenção Nacional das Assembleias de Deus - Ministério de Madureira; (16)

Federação Nacional do Culto Afro Brasileiro (FENACAB) em conjunto com Federação de Umbanda e Candomblé de Brasília e Entorno; (17) Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER); (18) Frente Parlamentar Mista Permanente em Defesa da Família; (19) Igreja Universal do Reino de Deus; (20) Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); e (21) Observatório da Laicidade na Educação em conjunto com o Centro de Estudos Educação & Sociedade.

Em suma, dos 31 participantes da audiência, 23 manifestaram-se pela procedência da ação (CNTE; CONSED; CONIB; CBB; FEB; CGADB ; LiHS; SBB; Brahma Kumaris; Igreja Universal do Reino de Deus; ANIS; CEDES; AMICUS DH; Conectas; CPCDPCRERPN; Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; FONAPER; Conselho Nacional de Educação do MEC; CNRDR da Presidência da República; ANPTECRE; IAB; ANAJUBI; e Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ) e 8 defenderam a improcedência da ação (CNBB, CONAMAD, Arquidiocese do Rio de Janeiro, Deputado Marco Feliciano, FAMBRAS, FENACAB, ASSINTEC, Frente Parlamentar Mista Permanente em Defesa da Família).

Assim, discorrido acerca dos casos a serem analisados, passa-se, adiante, à explanação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

## **4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal: explanação das decisões**

### **4.2.1 Da ação declaratória de constitucionalidade 41/DF**

Inicia-se com a explanação da decisão proferida quando do julgamento da ADC 41/DF.

Preliminarmente, procedeu-se o exame do cabimento da ação direta de constitucionalidade. A legitimidade ativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) é patente, conforme estabelecido pelo art. 103, VII, da Constituição Federal. O objeto é apto para provocar o controle abstrato, uma vez que a Lei nº12.990/2014 é ato normativo federal superveniente à Constituição.

Além do mais, restou configurado o pressuposto da controvérsia judicial relevante quanto a constitucionalidade da lei objeto da ação. O requerente demonstrou que realmente há fundada ameaça à segurança jurídica, fruto de decisões contraditórias

já proferidas e da capacidade multiplicadora da discussão nos vários concursos públicos a serem realizados no âmbito da administração pública federal. Assim, mostrou-se legítima a intervenção do Supremo Tribunal Federal para suprimir a dúvida no tocante a constitucionalidade da Lei nº12.990/2014, que trata da reserva de vagas para negros em concursos públicos.

A validade constitucional da lei objeto da ação em comento era questionada sob três principais fundamentos. Quais sejam: a) A reserva de vagas para negros em concursos públicos infringiria o direito à igualdade e a vedação à discriminação (CF/1988, arts. 5º, *caput*, e 3º, IV), por caracterizar a criação de critério discriminatório – a raça – para seleção de servidores públicos (foco principal de análise no presente trabalho); b) A política de ação afirmativa representaria afronta aos princípios da eficiência e do concurso público (CF/1988, art. 37, *caput* e II), que necessariamente teria que recrutar os candidatos mais qualificados, independentemente de suas características pessoais; c) a medida esbarraria no princípio da proporcionalidade, eis que a origem da dificuldade na admissão de negros a cargos públicos estaria, de fato, na educação (para o que já foi instituída a devida política de ação afirmativa), e não nos processos de seleção para provimento de cargos efetivos e empregos públicos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, estruturou seu voto em três partes. Por entender-se adequado para fins didáticos, neste trabalho, seguir-se-á a mesma estruturação, qual seja: A *Parte I* atenta-se a análise das decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre as políticas de ação afirmativa nas universidades públicas, reconhecendo-se as semelhanças e eventuais diferenças em relação ao presente caso. A *Parte II* cuida da constitucionalidade da política de reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014. Já a *Parte III*, por sua vez, ocupa-se especificamente dos mecanismos e critérios para o controle de fraudes na aplicação da ação afirmativa.

Quanto à *Parte I*, como já mencionado, em 26 de abril de 2012, no julgamento da ADPF 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal verificou a compatibilidade com a Constituição Federal dos programas de ação afirmativa que determinaram reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior. A ação, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), visava à declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB) que fixaram o sistema de reserva de 20% das vagas no processo de seleção

para negros, por alegada ofensa: (i) ao direito à igualdade e a vedação à discriminação, ao preconceito e ao racismo (CF/1988, arts. 1º, caput, III, 3º, IV, e 5º, caput, I, II, XLI e LIV); (ii) ao direito à educação e ao princípio meritocrático (CF/1988, arts. 205, 206 e 208, V); e (iii) ao princípio da proporcionalidade (CF/1988, art. 5º, LIV).

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente a arguição. Asseverando que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília, em verdade, cumprem com o direito à igualdade material, tanto sob o prisma da redistribuição, quanto sob o prisma do reconhecimento. Ainda, a Corte assinala ser fundamental ajustar os critérios de seleção à universidade, tendo em vista critérios étnico-raciais e/ou socioeconômicos, o que, aliás, favoreceria a comunidade acadêmica e a própria sociedade, ao formar um ambiente acadêmico mais plural.

O Tribunal também concluiu, nessa oportunidade, que a política de cotas adotada pela UnB se mostrou proporcional no que tange aos meios utilizados e aos fins pretendidos, inclusive por ter caráter transitório, prevendo a revisão periódica de resultados, e utiliza métodos seletivos que foram julgados eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana. Ainda, na decisão da ADPF 186, se identificou que a sociedade brasileira é altamente desigual e que, por essa razão, não se poderia apurar o mérito dos candidatos com base em critérios unicamente lineares, que considere apenas o ponto de chegada (a nota ou pontuação final), e não o ponto de partida (as condições assimétricas de preparação e de oportunidades). Além do mais, estabeleceu-se: (i) a constitucionalidade de política de cotas com caráter puramente racial (sem exigência de comprovação de situação socioeconômica); e (ii) a possibilidade de utilização dos sistemas de autodeclaração, de heteroidentificação ou de combinação de ambos para a definição dos beneficiários das cotas.

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre várias questões que estão também em discussão na ADC em estudo, de modo a oportunizar a aplicação de muitas das suas conclusões, com as devidas adaptações.

Evidentemente que a política de reserva de vagas nos concursos públicos para ingresso a cargos na administração federal detêm certas especificidades em relação à política de cotas para acesso às universidades públicas. Por tal razão, entendeu-se pela impossibilidade de estender a conclusão do julgamento da ADPF 186 para a

hipótese dos autos em análise. Para fundamentar o *distinguishing*, indicaram-se, sobretudo, três argumentos.

Em primeiro lugar, alegou-se que, diferentemente do direito à educação, não se poderia basear-se um direito fundamental ao acesso a cargos e empregos na seara da administração pública, uma vez que, enquanto o direito à educação é um direito fundamental social, não é possível admitir-se que há um direito fundamental a ser servidor público. Entretanto, sustentou-se que a diferença entre ambos os casos era mais sutil do que parecia. Embora exista o direito fundamental à educação, não há um equivalente dever estatal à universalização do acesso ao ensino superior. O que realmente há, é a universalização estabelecida pela Constituição Federal somente quanto ao ensino fundamental (educação básica) e médio (CF/1988, art. 208, I e II). Desse modo, como no caso dos cargos e empregos públicos, não há direito fundamental a ser aceito e a cursar uma universidade, inclusive a pública. O que há, em ambos os casos, é o direito de concorrer, em igualdade de condições, às vagas oferecidas, como fruto dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

Após, em segundo lugar, tem-se que os concursos públicos abrangeriam valores e interesses distintos daqueles tutelados pelos processos seletivos para acesso às instituições públicas de ensino superior. Entretanto, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, há um campo de identidade de interesses. Nas duas as hipóteses, a realização de prova (de vestibular ou de concurso público) institui um método de disposição de bens escassos (as vagas), conforme o desempenho individual (o mérito) de cada candidato. Nesse ponto, a Corte já superou, quando do julgamento da ADPF 186, a visão estritamente linear do mérito, alicerçada somente no resultado obtido nas provas, posicionando-se pela constitucionalidade da consideração de fatores subjetivos dos candidatos, de modo a possibilitar a realização do direito à igualdade em sua vertente material.

Entretanto, verifica-se que, no caso dos concursos públicos, além do exame do mérito do candidato, estaria em jogo o princípio da eficiência na prestação do serviço público, em vista disso, na ação em estudo, o Supremo Tribunal Federal deve manifestar-se sobre se a seleção dos candidatos com a melhor classificação, em termos objetivos, no concurso público seria uma condição do princípio da eficiência

ou, se seria possível realizar uma graduação com intuito de atender a outros interesses constitucionalmente estabelecidos.

Em terceiro lugar, concluindo a distinção da decisão em análise com o julgamento da ADPF 186, reconhece-se que o sistema de cotas utilizado para ingresso nos quadros do serviço público seria desproporcional, por conferir uma dupla-vantagem para os seus favorecidos, que teriam reserva de vagas universitárias, como para o acesso aos cargos públicos. Essa questão, por razões cronológicas, não foi analisada durante o julgamento da ADPF 186 e por isso é objeto de manifestação específica.

Assim, para manifestar-se quanto a constitucionalidade ou não da Lei nº 12.990/2014, o Supremo Tribunal Federal tem o encargo de se manifestar expressamente sobre a possibilidade de compatibilizar a reserva de vagas em concursos públicos com o princípio da eficiência, como também acerca da adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do estabelecimento de política de ação afirmativa para negros em concursos públicos, tendo em vista a existência de cotas na educação superior.

Dessa forma, passa-se a parte *Parte II*, onde analisa-se a constitucionalidade da política de reserva de vagas instituída pela Lei nº 12.990/2014. Para isso, a Corte destaca, por meio do voto do relator, que as ações afirmativas em geral e, notadamente, a reserva de vagas para ingresso no serviço público são políticas públicas destinadas a efetivação do direito à igualdade. Nesse sentido, o relator assevera que, como já mencionado no presente trabalho, a igualdade consiste em um direito fundamental e compõe o conteúdo essencial da ideia de democracia. Ainda, destaca que é fruto da dignidade humana a noção de que todas as pessoas são fins em si mesmas, têm o mesmo valor e merecem, por tal razão, igual respeito e consideração. Sendo assim, a igualdade proíbe a categorização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas determina a eliminação das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença.

A decisão segue nesse sentido, salientando que, no mundo contemporâneo, a igualdade se revela em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como garantia contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que diz respeito às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a igualdade como reconhecimento, expressando o respeito devido às minorias. Todas elas contempladas pela Constituição Federal de 1988:

A igualdade formal vem prevista no art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem lastro nos objetivos fundamentais do país de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), bem como no repúdio ao racismo (art. 5º. XLII)<sup>10</sup>. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato. (BRASIL, p.12-13)

Em virtude dessa tripla dimensão do direito à igualdade, seria simplista, segundo o STF, dizer que toda e qualquer desequiparação entre indivíduos seria nula. A própria Constituição prevê distinções com base em múltiplos fatores, que envolvem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. Tanto é que, a própria Constituição adota o emprego de políticas de ações afirmativas, ao fundá-las em relação às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo que a lei irá reservar a elas percentual dos cargos e empregos públicos (CF/1988, art. 37, VIII). Efetivamente, o que o princípio da isonomia determina é que o fundamento da desequiparação, bem como seu objetivo sejam constitucionalmente legítimos.

Nesse sentido, para a reserva de vagas em concursos públicos, o exame da legitimidade da desequiparação instituída em proveito dos negros passa, obrigatoriamente, pelo que a Corte denomina de racismo estrutural ou racismo à brasileira e das consequências que ele gera na sociedade brasileira. Esse modo de racismo não é fruto necessariamente da presença de ódio racial ou de um preconceito consciente de brancos em relação aos negros.

Ele estabelece um sistema institucionalizado que, apesar de não ser declaradamente delineado para discriminar, abala, em diversos setores, as condições de vida, as possibilidades, as compreensões de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, terão ao longo de suas vidas. O racismo institucional apresenta-se por meio de mecanismos e estratégias existentes nas instituições públicas, explícitos ou não, que dificultam a presença dos negros nesses locais, de forma que o ingresso é obstaculizado, não por normas e regras escritas e palpáveis, mas por entraves existentes nas relações sociais que se replicam nos espaços institucionais e públicos.



Jamais houve um conflito racial aberto ou uma segregação formal no Brasil. Aqui o racismo é velado, dissimulado, acobertado pelo mito da democracia racial e pela cordialidade do brasileiro. Entretanto, não é difícil perceber a sua presença na realidade brasileira. Em que pese tratar-se de o país altamente miscigenado, a convivência entre brancos e negros se dá majoritariamente em relações hierarquizadas, de subordinação e subalternidade. O povo brasileiro está acostumado a ver a população afrodescendente executar certas funções, como os de porteiro, pedreiro, operário, empregada doméstica como também o de jogador de futebol. Salvo felizes e cada vez mais frequentes exceções, os negros não ocupam os postos mais elevados da sociedade.

Dessa forma, diante da persistência das desigualdades enfrentadas pela população afrodescendente no Brasil, resta evidenciada a presença de fundamento constitucionalmente legítimo para a desequiparação trazida pela Lei nº 12.990/2014, uma vez que, a resguardo de vagas para negros no serviço público tem como intuito o combate ao racismo estrutural presente na sociedade brasileira, na linha dos compromissos assumidos pela Constituição Federal de 1988 com a promoção da igualdade em seu aspecto material, com a diminuição das desigualdades e com o enfrente ao racismo (CF/1988, arts. 3º, III e 5º, caput e XLII).

Ainda, o Tribunal analisou a compatibilidade da reserva de vagas a negros para ingresso no serviço público com os princípios do concurso público e da eficiência. O que o fez salientando que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como regra, a obrigação da realização de concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargo no âmbito da Administração Pública, regra esta que é garantidora dos princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como a cláusula geral do art. 5º traz o princípio da isonomia.

A realização do concurso público de forma isonômica e impessoal materializa a noção própria dos Estados democráticos quanto ao igual valor de todos perante a lei e, por consequência, perante a Administração. Assim, na concepção clássica do princípio da isonomia, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na dimensão de sua desigualdade. A impessoalidade, nessa mesma viés, requer que a Administração trate a todos sem discriminações de qualquer

natureza. Desse modo, o que os referidos princípios vedam, são as desequiparações arbitrárias e injustificadas, que não possuam um fundamento racional e razoável e que tenham como objetivo a promoção de um fim constitucionalmente legítimo.

Assim, tem-se que tais princípios não impedem que, além dos critérios fixados em função do desempenho e pontuação dos candidatos nas provas e títulos, adicionem-se aos concursos públicos novos critérios associados à necessidade de realizar a igualdade material na concorrência por esses postos de trabalho. Sustentar uma igualdade meramente formal, ao invés, acabaria se confundindo com a defesa do *status quo* e, por tal razão, dificilmente poderia ser compreendida como medida impessoal e neutra.

A administração pública já adota, para fins de estabelecer a ordem de classificação no concurso, parâmetros alheios ao “mérito”, como é o caso da reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (CF/1988, art. 37, VIII) e a utilização da idade dos candidatos como critério de desempate (Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso). Desse modo, tendo em vista que a ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 não exime os seus favorecidos da aprovação no concurso público, assim, não sendo possível afirmar que os princípios do concurso público e da eficiência seriam violados.

Logo, a reserva de vagas prevista pela Lei nº 12.990/2014 não infringe os princípios do concurso público e da eficiência. Além disso, a inclusão do fator “raça” como critério de seleção permite sua realização em maior extensão, uma vez que pode auxiliar para que todas as visões e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal analisa possível violação ao princípio da proporcionalidade, destacando que a medida é proporcional em sentido estrito, eis que a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros produz mais benefícios para os princípios tutelados do que custos derivados da sua implementação nos concursos públicos. Ademais, além de uma parcela expressiva das vagas nos concursos públicos permanecerem destinadas à livre concorrência, a lei também estabeleceu que a reserva de vagas apenas será aplicada quando o número de vagas do certame for igual ou superior a três (art. 1º, § 1º). Além disso, a política em comento possui caráter transitório (destinada a vigor por 10 anos), estabelece um modelo de

monitoramento anual dos resultados e utiliza formas de identificação do componente étnico-racial que se harmonizam com o princípio da dignidade humana.

Agora, passar-se-á discorrer quanto à *Parte III* da decisão, dedica-se especificamente aos mecanismos e critérios para o controle de fraudes na aplicação da ação afirmativa. Nesse ponto, a Corte manifestou-se no sentido de que, para garantir a efetividade da política de ação afirmativa, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes.

O sistema da autodeclaração, que tem sido utilizado com maior assiduidade no país, apresenta algumas vantagens, especialmente no que tange à simplificação dos procedimentos e ao fato de se privilegiar a autopercepção, a partir do fenótipo – das características exteriores do organismo. Ainda, acaba por estimular os indivíduos a assumirem a sua raça, colaborando para o reconhecimento dos negros na sociedade brasileira. Entretanto, há problemas associados a esse modelo, especialmente, o risco de oportunismo e idiosincrasia, que poderia conduzir a um desvirtuamento da política pública.

É por isso que, o Supremo Tribunal Federal entende necessária a associação da autodeclaração a mecanismos de heteroidentificação, para efeito de concorrência pelas vagas reservadas nos termos Lei nº 12.990/2014, e, mesmo assim, é preciso ter alguns cuidados, quais sejam, o mecanismo adotado para coibir possíveis fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de forma que respeite a dignidade da pessoa humana dos candidatos. Além disso, devem ser assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se decida pela exclusão do candidato. Por fim, faz-se necessária uma postura cautelosa nos casos que se enquadrem em zonas cinzentas, ou seja, quando houver dúvida razoável sobre o fenótipo do candidato, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial.

Dessa forma, realizada a explanação acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 41/DF, a qual declarou a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, oportuno colacionar a ementa correspondente:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Da análise da decisão, resta evidente que, embora julgadores mencionam sua jurisprudência e trabalhem a questão da igualdade em seu caráter material e a consequente necessidade de uma postura ativa do Estado para a sua concretização, não é possível perceber a utilização clara e objetiva desses fundamentos (ou de

outros) como critérios ou instrumentos específicos quanto às políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias.

#### **4.2.2 Da ação direta de inconstitucionalidade 5.357/DF**

Nesse momento, passa-se a explanação da decisão proferida quando do julgamento da ADI 5.357/DF.

De início, ficou consignado pelo Relator Ministro Edson Fachin, que não havia óbice para a propositura desta ação pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.

Após, passou-se a destacar que a atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, seja por meio de seu braço Executivo ou Legislativo, presume a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. Esse desempenho não somente diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva reversa, importa ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a um espaço democrático e plural. A pluralidade de pessoas, credos, ideologias, etc. é elemento fundamental da democracia e da vida democrática em comunidade.

O que é corroborado pelo fato da Constituição da Federal de 1988 estabelecer em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, consoante se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

Nesse sentido, a Corte destaca que a pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda, uma vez que o respeito à pluralidade não dispensa a observância ao princípio da igualdade, bem como, no atual contexto histórico, não há como sustentar tão somente seu aspecto formal, pois não satisfaz a completude que exige o princípio.

Assim, a igualdade não finda-se com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas compreende também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua concretização.

Salientou-se, ainda, a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009), sendo necessária a sua análise no que tange a temática em julgamento:

Artigo 24:

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. **Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:**

- a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
- b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
- c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. **Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:**

- a) **As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência** e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, **e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;**
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) **As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;**
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a **meta de inclusão plena.**

3. **Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade.** Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

- a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
- b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;
- c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de **contribuir** para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência (grifos na origem)

Assim, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, conseqüentemente, da própria Constituição Federal, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é, de modo algum, prática estranha ao ordenamento jurídico pátrio. De modo oposto, é imperativo que se estabeleça por meio de regra explícita, dispositivos de *status* constitucional fixam a meta de inclusão plena, ao passo que se condena a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral baseado justamente na sua deficiência.

O ensino inclusivo é política pública sólida, desenvolvida e amadurecida ao longo de anos em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil participa. Para mais, foi acrescentado à Constituição Federal como regra. Assim, não é possível ceder a argumentos fatalistas que autorizem uma tomada da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em verdade, se circunscrevem ao campo retórico. Sua apresentação desprovida de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentação, quando cabível, não se compatibiliza com a digna legitimidade atribuída para a atuação do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o olhar voltado ao econômico labuta em direção contrária ao da suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados na ação.

Que as instituições privadas de ensino desempenham atividade econômica é notório, porém, enquanto tal, têm de se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, dispensando serviços educacionais que não focalizem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Sendo que essa última deve ser considerada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de limitações – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.

Desse modo, por mandamento constitucional, aplicam-se tais requisitos a todos os agentes econômicos, de forma que há considerável risco inverso na concessão da cautelar. Veja-se: corre-se o risco de se estabelecer às instituições particulares de ensino odioso privilégio que oficializaria a discriminação. Em vista disso, foi julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade 5.357/DF. Salienta-se que, na ocasião do julgamento estava-se decidindo, pelo colegiado, quanto a possibilidade de

concessão de medida cautelar, porém, acordaram os Ministros em convolar o julgamento em cognição exauriente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.

Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela garantia da aplicação dos direitos fundamentais ao caso em análise, notadamente ao ressaltar que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática, como também ao salientar que os direitos fundamentais não constituem somente obrigações do Estado com os indivíduos, uma vez que vinculam também os particulares, razão pela qual a



Corte entendeu constitucional o dever de prestação de ensino inclusivo também pelas instituições particulares.

#### **4.2.3 Da ação direta de inconstitucionalidade 4.439/DF**

A discussão levantada na ADI 4.439/DF abrange a harmonização de um lado de três conjuntos de normas constitucionais: a que estabelece o ensino religioso; a que institui a liberdade religiosa e a que prevê o princípio da laicidade do Estado. Essas são, segundo os julgadores, as normas constitucionais relevantes. Ainda, há as normas infra constitucionais, que são as que disciplinam a oferta do ensino público.

Quanto ao cabimento da ação, não restou dúvida. De modo que o direito de propositura do Procurador-Geral da República é inequívoco, conforme o art. 103, VI, da Constituição, como também sua legitimação universal, o que afasta qualquer consideração quanto a pertinência temática de sua atuação. Ainda, destacou-se que as disposições impugnadas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/1996 constituem atos normativos federais supervenientes à Constituição, e o art. 11, § 1º do Acordo Brasil-Santa Sé, promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, constitui acordo internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária. Dessa forma, foi conhecida a ação.

Uma das premissas fundamentais para a análise do tema é entender a importância da interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto. Nesse ponto, destacaram os julgadores que o campo de discussão da ADI 4.439/DF é mais abrangente, pois atinge a própria Liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. Tolerância que vem sendo defendida pela Corte Constitucional brasileira, concernente à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da diversidade de opiniões em sala de aula sobre os mesmos fenômenos, em diversas ações propostas pelo Ministério Público e com a participação de inúmeras das entidades participantes na presente ADI.

Estranhamente, segundo o Ministro Alexandre de Moraes, quer-se transformar essa acertada tolerância e defesa da diversidade de opiniões em sala de aula, acolhida para todas as demais manifestações de pensamento, em censura prévia à

livre manifestação de concepções religiosas em bancos escolares, ainda que em disciplinas com matrícula facultativa, tornando o ensino religioso uma disciplina neutra com conteúdo estabelecido pelo Estado em afronta à liberdade religiosa.

Nesse sentido, ressaltou-se que podemos concordar ou não com uma ou mais ordens religiosas, porém não há como repudiar que o pedido da ADI 4.439/DF autoriza a limitação do legítimo direito subjetivo constitucional do aluno que já tem religião ou de seus genitores/responsáveis em matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, em autêntica tentativa de tutela à livre manifestação de vontade, e, por consequência, a restrição à liberdade religiosa, pois (1) a Constituição Federal, em previsão constituinte originário, prevê a implantação do ensino religioso; (2) 92% da população brasileira (censo IBGE, 2010) possui uma determinada crença religiosa; (3) a matrícula é facultativa, para garantia não somente dos demais 8%, bem como de parcela dos 92% que, por ventura, não tenham interesse em matricular-se.

Suscitou-se que alguns grupos poderiam levar a seguinte hipótese: grande parte das crenças religiosas possuem ideias conservadoras em relação a temas relevantes às minorias, conseqüentemente é arriscado que possam propagar suas ideias em salas de aula, ainda que para aqueles que voluntariamente optaram em frequentar a disciplina.

Por mais paradoxal que pareça, alguns grupos que colaboraram para a obtenção legítima e correta do direito de liberdade de expressão das ideias e convicções de minorias, até mesmo em bancos escolares de disciplinas de matrícula obrigatória, buscam agora impor forte censura prévia às posições religiosas diversas, ao defenderem uma temática neutra e meramente descritiva de religiões, em uma inimaginável “doutrina religiosa oficial”, concebida forçadamente pelo Poder Público, mesmo que em disciplinas de matrícula facultativa. Nessa linha, acabamos por confundir a proibição de um Estado Confessional com a determinação constitucional para que o nosso Estado Laico assegure, em igualdade de condições, o ensino religioso no ensino fundamental das escolas públicas, apenas para aqueles que queiram.

Desse modo, a Corte evidenciou que a liberdade de expressão consiste em um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e apresenta não apenas as informações tidas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, afligir pessoas, já que a Democracia

somente existe quando fundada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

O relacionamento entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, mostra-se como um dos mais relevantes temas basilares do Estado. A interpretação da Constituição Federal, que preservou nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, ao estabelecer a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve, segundo os julgadores, ser executada em sua dupla compreensão: (1) proteger o indivíduo e as variadas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (2) garantir a laicidade do Estado, guarneecendo total liberdade de desempenho estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

Ademais, asseverou-se que o ensino religioso instituído constitucionalmente é um direito subjetivo individual e não um dever fixado pelo Poder Público. O estabelecimento do núcleo imprescindível do ensino religioso como sendo os dogmas de fé, assegurados integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das tantas confissões religiosas, evidencia que não há possibilidade de neutralidade ao se lecionar essa matéria, uma vez que tem seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o distinguem de todos os demais ramos do saber jurídico e deverá ser ofertada conforme a confissão religiosa expressada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal, seja ela por meio de imposição de determinada crença religiosa, seja ao determinar fictício conteúdo combinando diversas crenças religiosas (desrespeitando suas particularidades), ou confundindo o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.

Aqui, não se coloca na presente hipótese a tensão que há entre Estado Laico e Confessional justamente porque é vedado ao Estado impor, preferir ou ser conivente com uma singular e determinada religião no ensino público em prejuízo de todas as demais. De igual modo, a liberdade religiosa está consagrada na medida em que o texto constitucional: (1) Expressamente assegura a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso; (2) Implicitamente impossibilita que o Poder Público produza de forma ficta sua própria “religião”, com um conteúdo específico para essa disciplina, simplesmente somando diversos preceitos religiosos e excluindo outros, criando uma

verdadeira miscelânea religiosa estatal, que estaria desconsiderando os diferentes e, não raras vezes, contraditórios dogmas e postulados das diversas religiões.

Não se pode, por isso, confundir Estado Confessional com um Estado laico que assegure o ensino religioso lecionado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, independentemente de sua crença.

A observância ao binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade Religiosa, na instituição do ensino religioso de matrícula facultativa, apenas será alcançado com o abandono do dirigismo estatal na determinação prévia de conteúdo, que expressaria notória censura à liberdade religiosa, e com a observância do Poder Público, tanto da livre e espontânea escolha do aluno ou de seus genitores e responsáveis na indicação/escolha de determinada crença religiosa, quanto da liberdade das organizações religiosas em ofertarem as disciplinas conforme com a confissão religiosa do aluno, em igualdade de condições.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o alcance do preceito constitucional é amplo, eis que, sendo a religião o complexo de princípios que coordenam os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, deuses ou entidades, resta por englobar a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto, como também o direito de contestar, não acreditar ou professar nenhuma fé, estabelecendo, até mesmo o dever do Estado respeitar os agnósticos e ateus.

A opressão à pessoa humana, de modo a constrangê-la a abrir mão de sua fé ou obrigá-la a professar determinada crença, caracteriza evidente desrespeito à diversidade democrática de pensamentos, filosofias e à própria diversidade espiritual, considerando que a proclamação constitucional da liberdade religiosa é a verídica consagração de maturidade do reconhecimento à liberdade de pensamento e livre manifestação de expressão, certificando-se a concepção basilar de tolerância religiosa e a vedação a qualquer tipo de imposição estatal, seja instituindo uma religião oficial em ferimento ao foro íntimo individual (Estado confessional), ou estabelecendo um conteúdo programático multifacetário distinto e não admitido pelas diversas crenças.

A liberdade religiosa total é aquela que garante o respeito à diversidade dos dogmas e crenças, sem nivelar as interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em desfavor dos demais. A aceitação da fé alheia ou mesmo sua ausência é condição primária para a garantia de segurança de nossa própria fé, uma vez que a

verídica liberdade religiosa consagra a pluralidade. A observância a esse direito fundamental prescrito como garantia formalmente estabelecida pelas múltiplas constituições democráticas, ainda não é em uma realidade universal, mas se mantém na arena da utopia como um mandamento fundamental.

Assim, ressaltou a Corte Constitucional que um Estado não consagra a liberdade religiosa sem que haja total respeito aos seus dogmas e crença. O direito fundamental à liberdade religiosa não demanda do Estado anuência ou parceria com uma ou várias religiões; demanda, tão somente, respeito. Dessa forma, o Estado resta impossibilitado de dilacerar dogmas religiosos de várias crenças, ou unificar dogmas contraditórios sob a justificativa de criar um suposto ensino religioso estatal neutro. O Estado deve respeitar todas as religiões, assim como a ausência delas, porém jamais sua legislação, sua atuação e políticas públicas devem ser fundadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas.

O Supremo Tribunal Federal dá relevo a singularidade da previsão constitucional do ensino religioso, com todos os seus reflexos históricos e jurídicos resultantes da relação entre Estado e religião, como também quanto à evolução da liberdade religiosa, que passou a englobar a vasta proteção de todas as crenças e cultos, o agnosticismo e o ateísmo, acrescentada à facultatividade de sua matrícula – que representa um direito subjetivo individual e não a um dever imposto pelo Poder Público – o distingue de qualquer outra matéria escolar, por mais significativo e relevante que seja, como por exemplo a Filosofia, História ou Ciência das Religiões.

O ensino religioso não se confunde com qualquer outra matéria, constitucionalmente ou epistemologicamente, pois tem seus próprios postulados, métodos e resultados que o singularizam em relação ao demais ramos do saber científico. Não cuida-se de um saber filosófico ou histórico, que pode ser ensinado de forma neutra. É um tema de crença religiosa. É um tema de fé.

Essa neutralidade pretendida acaba por anular totalmente a ideia de ensino religioso. Exemplificou-se, aqueles que professam a crença islâmica, não devem – em uma aula neutra e multifacetária – ser submetidos a mesma explanação descritiva ou não da crença católica, pois estará em conflito com sua própria crença.

Não resta dúvidas de que docentes de história poderiam lecionar sobre o surgimento e desenvolvimento cronológico das religiões, bem como docentes de filosofia poderiam lecionar alguns dos conceitos teológicos que a tradição filosófica acredita

que podem ser discutidos racionalmente; contudo nenhum deles teria condições de lidar com a chamada “comunicação das verdades da fé”, objeto específico da revelação cuja inteligência não se deixaria assimilar pelo esforço único e exclusivo da razão humana. Para tanto, segundo os julgadores, evidente a necessidade de professores engajados na respectiva confissão religiosa.

Obviamente que todas as demais ciências são muitíssimo importantes, tanto que são obrigatórias no currículo escolar, não havendo qualquer nível hierárquico intelectual entre elas, porém cada qual apresenta seus postulados, métodos e resultados que as delimitam como determinada área do saber científico, diversas do ensino religioso. Justamente por serem diferentes do ensino religioso, não houve necessidade de estabelecimento específico por parte da Constituição Federal, sendo ministradas com matrícula obrigatória.

Assim, para os Ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, não parece possível a substituição da legítima escolha que o legislador constituinte originário fez pelo ensino religioso de matrícula facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões; sem, obviamente, a possibilidade de essas matérias serem lecionadas paralelamente, com matrícula obrigatória.

Ao estabelecer o teor do ensino religioso, deve ser vedado ao Estado a tomada de qualquer das duas linhas do dirigismo estatal, sob pena de desrespeito ao binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade Religiosa. O dirigismo estatal, na acepção de optar pelo conteúdo programático de um único credo, dando-lhe o monopólio do ensino religioso uniconfessional, caracterizaria evidente privilégio e inobservância ao Estado Laico, em clara inconstitucionalidade por desrespeito ao artigo 19, I, da Constituição Federal.

Outrossim, o dirigismo estatal, na acepção de formar um conteúdo único e oficial para a matéria de ensino religioso, sintetizando nesta disciplina alguns aspectos descritivos, históricos, filosóficos e culturais que julgassem fundamentais de várias religiões e avocando a responsabilidade de ministrá-la, caracterizaria uma dúplice inobservância à Consagração da Liberdade Religiosa, eis que simultaneamente estaria fatiando vários dogmas, preferindo e ignorando conteúdos; assim como estaria obrigando alunos de uma determinada confissão religiosa a ter contato com crenças,

dogmas e liturgias diversas de sua própria fé, em desacordo com o artigo 5º, VI, da Constituição Federal.

O Estado, dessa maneira, atentando ao binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI) e o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput), deverá operar na regulamentação do desempenho do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, permitindo na rede pública, em igualdade de condições, a disponibilização de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais e objetivos preteritamente estabelecidos pelo Ministério da Educação. Desse modo, será assegurado aos alunos o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso, em conformidade com os princípios de sua religiosidade, por integrantes da mesma, devidamente credenciados e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público, preservando-se, de igual forma, a plena liberdade daqueles que não professam nenhuma crença religiosa.

Assim, não vislumbraram os Ministros, por maioria, nos dispositivos questionados na inicial, nenhuma afronta aos ditames constitucionais, julgando improcedente ação, declarando constitucionais os artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e 11, §1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e certificando a constitucionalidade do ensino religioso confessional como matéria facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Já os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello, que foram minoria no julgamento, destacaram que o art. 5º, VI da Constituição garante o direito à liberdade religiosa, ao passo que o art. 19, I consagra o princípio da laicidade e o art. 210, § 1º estabelece o ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental. O tema em debate, para os julgadores, situa-se no encontro dessas três normas, do qual o sentido e abrangência precisam ser compatibilizados. As normas constitucionais precisam ser interpretadas sistematicamente, considerando-se sua ligação com as demais. Emprega-se, dessa maneira, o princípio da unidade da Constituição, que delega ao intérprete a incumbência de buscar a concordância prática entre os diferentes preceitos constitucionais, reduzindo os desacordos e tensões que são fruto da natureza pluralista do texto constitucional.

A harmonia necessária entre laicidade estatal e ensino religioso distancia a possibilidade de o Estado preferir a modalidade *confessional* (de uma religião específica) ou pela modalidade *interconfessional* (de algumas religiões, a partir do seu denominador comum). Percebe-se que a simples existência do ensino religioso em escolas públicas já constitui uma cláusula constitucional de exceção (ou de limitação) ao princípio da laicidade, em razão de avizinhar, as ordens estatal e religiosa.

Quanto ao conteúdo jurídico da laicidade do Estado, o primeiro refere-se à separação formal entre Estado e Igreja. Um Estado laico não pode identificar-se formalmente com religião ou doutrina religiosa alguma. Essa autonomia entre Estado e Igreja deve se revelar nos planos institucional, pessoal e simbólico. Na dimensão institucional a laicidade proíbe qualquer manobra política que leve à fusão entre Estado e religião. Na dimensão pessoal, por sua vez, veda-se que representantes de religião sejam admitidos enquanto tais como agentes públicos. Na dimensão simbólica, a separação formal impossibilita que os símbolos eleitos pelo Estado sejam símbolos de identificação de religiões

Nesse sentido, os modelos confessionais e interconfessionais de ensino religioso apresentam-se como incompatíveis com a exigência de separação formal entre o Estado e as religiões, segundo a tese minoritária defendida pelos julgadores. Quando se autoriza que alunos tenham orientações religiosas de uma ou mais religiões dentro das escolas públicas, torna-se inevitável a identificação institucional entre o Estado, que disponibiliza o espaço público da sala de aula em o período letivo, e as confissões, que estabelecem os conteúdos a serem disseminados. A ofensa à separação formal fica ainda mais clara nas situações em que se reivindica que os professores da matéria sejam representantes religiosos ou pessoas credenciadas pela respectiva doutrina e, ao mesmo tempo, se permite que sejam remunerados pelo Estado, em contrariedade à proibição expressa do art. 19, I da Constituição Federal.

O segundo conteúdo jurídico da laicidade é o princípio da neutralidade estatal em matéria religiosa, que proíbe a instauração, por parte do Estado, de predileções ou discriminações entre as confissões religiosas, como também de interferências da religião na atuação de funções estatais. A guarida fruto da neutralidade abrange, igualmente, posições ou cosmovisões não religiosas, a exemplo do agnosticismo, do ateísmo e do humanismo, que são dignos do mesmo respeito e proteção que qualquer crença, uma vez que a dignidade de todos os cidadãos é a mesma. Dessa feita, a



laicidade como neutralidade obsta que o Estado (1) beneficie, promova ou subvencione religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não preferência*); (2) dificulte, discrimine ou impossibilite religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não embaraço*); e (3) tenha o desempenho de suas atividades guiada ou condicionada por religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não interferência*).

No entanto, quando o Estado permite que se proceda a iniciação ou o aperfeiçoamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, ainda que sem custo aos cofres públicos, tem-se por rompida qualquer possibilidade de neutralidade. Notadamente em um país com a diversidade religiosa do Brasil, que conforme o Novo Mapa das Religiões possui mais de 140 nomenclaturas. Tanto no caso do ensino confessional quanto do ensino interconfessional, é inviável abrir turmas específicas para que todos os alunos tenham instrução religiosa nas suas respectivas crenças, por questões estruturais, operacionais.

Nesse cenário, somente as religiões majoritárias na sociedade brasileira (como as católicas e evangélicas) têm possibilidade de credenciar e formar professores bastante para servir a todas as escolas públicas. Assim, percebe-se que há, de um lado, evidente favorecimento e promoção dessas religiões e, de outro, discriminação e desabono das crenças minoritárias. O que resulta na clara quebra de neutralidade pelo Estado, que não pode utilizar o seu poder e o seu dinheiro, que pertencem a toda a coletividade, para beneficiar determinadas crenças.

O terceiro e último conteúdo jurídico essencial da laicidade refere-se quanto à garantia da liberdade religiosa. A liberdade religiosa constitui, primeiramente, um direito fundamental autônomo em relação ao princípio da laicidade, previsto expressamente pela Carta de 1988 (arts. 5º, VI e VIII, 143, § 1º e 150, VI, b). Sendo assim, ela faz parte da autonomia individual e o universo de escolhas existenciais básicas de uma indivíduo, apresentando-se como expressão nuclear da dignidade humana.

Entretanto, a proteção da liberdade religiosa também constitui um conteúdo básico da laicidade. A laicidade estabelece ao Estado a incumbência de proporcionar um ambiente institucional, social e jurídico apropriado para a garantia da total liberdade de consciência e crença dos indivíduos, para o desempenho e a disseminação das distintas religiões (e posições não religiosas), bem como para a prática de cultos. Nessa dimensão objetiva e positiva da liberdade religiosa, o Estado

apresenta-se como responsável por promover a tolerância e o respeito mútuo entre os discípulos de diferentes religiões e não religiosos, a fim de prevenir a discriminação e assegurar o pluralismo religioso.

Ocorre que, em ambos os cenários (ensino confessional e interconfessional), o Estado afeta a garantia de liberdade religiosa, ao criar um ambiente escolar incapaz de assegurar a liberdade religiosa dos alunos que professam as crenças não representadas nas aulas. No espaço da escola pública, o Estado jamais pode pretender estimular ou desestimular, prescrever ou proibir a adoção de qualquer crença. Ao contrário, ao Poder Público incumbe o dever de assegurar que todos os educandos possam exercer o direito de aderir (ou não) a uma crença e professá-la, individual ou coletivamente, por meio de seus ritos e cultos, sem coerção ou discriminação e respeitando-se, sempre, a autonomia familiar. Durante o ensino fundamental, tais deveres de proteção são potencializados. Crianças e adolescentes, ainda em fase de desenvolvimento de sua personalidade e autonomia, são especialmente influenciáveis por seus professores e colegas e querem sentir-se aceitos e integrados em suas turmas. A sensação de exclusão, por professarem crenças “diferentes” da maioria dos seus colegas, pode levá-los a não expressarem suas preferências religiosas, bem como produzir uma pernicioso diminuição de sua autoestima e estigmatização face à comunidade escolar.

Pelas razões expostas, a conclusão a que se chegou, por parte minoritária dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é que somente por meio do ensino religioso não confessional, ministrado de modo plural, objetivo e neutro – sem que as crenças sejam disseminadas como verdadeiras ou falsas, certas ou erradas, boas ou más, –, é que será possível concretizar o princípio da laicidade estatal, bem como assegurar a liberdade religiosa e a igualdade.

Assim, colaciona-se a ementa do julgamento:

ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.  
1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de

ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.

2. A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões.

3. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças.

5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.

6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Cumprido destacar que corrobora a legitimidade da interpretação constitucional vencida no julgamento da 4.439/DF, o fato de que, na audiência pública realizada larga maioria dos representantes religiosos, dos especialistas e das entidades da sociedade civil participantes sustentaram a impossibilidade de harmonizar os modelos confessional e interconfessional de ensino religioso com a laicidade do Estado. Para demonstrar, em suma, dos 31 participantes da audiência, 23 sustentaram a procedência da ação, ao passo que, desses 31 participantes, 12 eram entidades religiosas, destas, 8 defenderam a procedência da ação, o reforça a tese de

impossibilidade prática de conciliar os modelos confessional e interconfessional de ensino religioso com a laicidade do Estado Brasileiro.

Realizada as necessárias explanações das decisões em estudo, passa-se a analisar, no tópico seguinte, a atuação do Supremo Tribunal Federal, no tocante a adoção de critérios e/ou instrumentos nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e pessoas com deficiências.

#### **4.3 Os critérios e/ou instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias**

Nesta dissertação procurou-se descrever o trabalho desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e os critérios empregados na jurisdição constitucional para o assecuramento de direitos fundamentais de grupos minoritários, o que fora feito à luz de dois casos concretos: O primeiro caso estudado refere-se a uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 41/DF), movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo como intuito a superação da controvérsia judicial quanto a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que destina aos negros 20% (vinte por cento) das vagas disponibilizadas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos na esfera da administração pública federal direta e indireta. Já o segundo caso trabalhado trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.357/DF), oferecida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, possuindo como objetivo a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas” e o terceiro caso trabalhado, a ação direta de inconstitucionalidade 4.439/Distrito Federal (ADI 4.439/DF), que foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e tem como objeto o artigo 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), e o artigo 11, § 1º do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja

Católica no Brasil” (“Acordo Brasil-Santa Sé”), admitido através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado mediante o Decreto nº 7.107/2010.

Desse modo, faz-se necessário ressaltar que a Jurisdição Constitucional abrange a atividade exercida pelo Poder Judiciário, notadamente pelos Tribunais Constitucionais, na incumbência de defender e interpretar a Constituição. Quando contextualizada dentro das referências que indicam a adoção de um Estado Democrático de Direito, mostra-se, por um lado, a obrigação de se identificar as competências e os limites a que estão submetidos os Tribunais nesse encargo e, por outro lado, a significativa tarefa de contribuir, dentro de suas competências, na realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos objetivos previstos na Constituição (AVILA, 2015).

Dentre os preceitos que constituem o Estado Democrático de Direito costuma-se apontar tradicionalmente a legalidade, a democracia, a separação dos poderes e a própria segurança jurídica, como princípios basilares da atividade do Estado. Os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição acrescentando funcionalidade à essa estrutura, ou seja, apresentam os objetivos em razão dos quais têm de funcionar aquelas estruturas (AVILA, 2015).

A garantia dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, elementos fundamentais de regimes democráticos, possui seu específico funcionamento resguardado por instituições já fortalecidas no atual constitucionalismo. Corte Constitucional e Parlamento atuam em prol da sociedade de modo diferenciado e complementar, sendo a jurisdição constitucional o ambiente no qual os ideais democrático e constitucionalista se acomodam. O tribunal constitucional, como já referido, assegura o cumprimento dos direitos de minorias, a fim de garantir um mínimo de justiça substantiva, potencialmente hostilizados em um regime em que a única encarregada pelas decisões fosse uma instituição que represente a maioria (VOJVODIC, 2012).

Assim, ao lado da legitimidade democrática das instituições parlamentares encontra-se o poder contramajoritário dos tribunais, formados por membros não escolhidos diretamente pelos cidadãos. Esse aspecto de proteção aos direitos outorga, conforme o modelo assumido pelas constituições vigentes, o poder da última palavra às cortes constitucionais. Competindo a elas o papel de apreciar a constitucionalidade do trabalho desempenhado pelo legislador ordinário, deslocando-

se para outro ator a responsabilidade pelo final das controvérsias jurídicas e políticas. Ao cuidar da possibilidade de abuso desse poder conferido aos tribunais constitucionais, a teoria jurídica elaborou métodos de interpretação, que possuem como finalidade o controle racional da decisão judicial, reduzindo as possibilidades do excessos de seu poder por meio de arbitrariedades. Nesse sentido, a construção teórica de meios de controle das cortes constitucionais assenta-se na ideia de que a deliberação e sua conseqüente tomada de decisão é limitada argumentativamente (VOJVODIC, 2012). Nessa perspectiva, leciona o autor:

A despeito de não se tratar de um enfoque tradicionalmente utilizado na cultura jurídica brasileira, o papel que a argumentação desempenha em uma decisão judicial não deve ser desprezado. Pelo contrário, quanto maior é o peso que se confere à qualidade da argumentação das cortes judiciais, menor o espaço que se deixa à discricionariedade do juiz. Quando forçado, em função das práticas e técnicas da comunidade jurídica e, que se insere, a sustentar razoavelmente suas decisões, de modo – por exemplo – a explicitar seus pressupostos e pontos de partida, a dialogar com seus precedentes ou desenvolver uma linha de raciocínio clara e coerente, mais o juiz fica vinculado às razões nas quais o discurso jurídico se pauta, conferindo assim, não só maior transparência, mas igualdade, exigência de um ordenamento democrático (VOJVODIC, 2012, p. 22-23).

O progresso dos mecanismos de concentração das decisões na esfera do Supremo Tribunal Federal, tal como ocorre com a consolidação da relevância e prevalência do modelo concentrado de controle de constitucionalidade em relação ao sistema difuso, é também conseqüência do momento em que as cortes constitucionais ganham forte protagonismo na elucidação de diversas pautas políticas, econômicas e sociais. Essa atividade, que mostra-se bastante visível em distintas realidades democráticas contemporâneas, também é percebida no Brasil, fundamentado em um avanço inegável do Supremo Tribunal Federal no exercício desse papel mais amplo de atuação. De um lado, isso decorre da utilização de metodologias que autorizam relativizar direitos, tal como o princípio da proporcionalidade e técnicas interpretativas que apresentam como premissa que direitos são princípios de otimização ou máximas que ordenam direitos consoante o que é praticável fática e juridicamente (COSTA; BENVINDO, 2014).

Esse tipo de argumentação têm possibilitado a prática política de uma Corte que se tem feito mais diligente na definição de pautas políticas, econômicas e sociais, muitas vezes em oposição com o Parlamento e ao Executivo. Entretanto, em grande proporção, o avanço dessa atuação se deve, simplesmente, em razão da própria concentração de poderes de decisão, assim como ocorre no controle concentrado de

constitucionalidade. Na proporção em que a Corte Constitucional se torna a única legitimada a proferir a palavra final quanto a constitucionalidade de uma determinada norma jurídica, podendo, inclusive, se utilizar das referidas técnicas interpretativas flexibilizadoras, alarga-se o seu papel estratégico no arranjo institucional ano que tangue aos caminhos da democracia brasileira (COSTA; BENVINDO, 2014).

Percebe-se, pois, que o avanço do controle concentrado de constitucionalidade passou a ser percebido como meio de representação das minorias, a fim de assegurar a efetivação de um texto constitucional que transformou em regra jurídica um vasto arranjo de anseios sociais e políticos, promovendo ideais de liberdade individual e igualdade material (VOJVODIC, 2012).

Nesse contexto, inicia-se a análise quanto a existência ou não de critérios e/ou instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões explanadas anteriormente.

Quando do julgamento da ADC 41/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a Lei nº 12.990/2014, por três fundamentos:

Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.

Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.

Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

Das razões expostas, verifica-se que a Corte atentou-se ao caso com o zelo que lhe é devido, destacando que a Lei em exame está em consonância com o princípio da isonomia, uma vez que a desequiparação realizada pelo mandamento

legal é baseada na necessidade de afastar o racismo estrutural e institucional estabelecido no Brasil, assegurando igualdade material entre os cidadãos. Ainda, restou fixado o entendimento de que a reserva de vagas para negros não fere os princípios do concurso público e da eficiência, uma vez que tal reserva não isenta o candidato da aprovação, configurando uma “burocracia representativa” que, em verdade, beneficia a população. Continuando, verificou-se que a Lei objeto do controle de constitucionalidade respeita o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, uma vez que a existência de cotas para o ingresso de negros ao ensino superior não converte a reserva de vagas, nos quadros da administração pública, em política desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

Para chegar a tal conclusão, destacaram os Ministros, que é desde a década de 60 do Século XX que o princípio da igualdade deixou de representar mera vedação de tratamento discriminatório, passando a exigir do Estado a concepção de instrumentos de promoção da igualdade jurídica efetiva.

Nesse sentido, desde 1969 há previsão expressa, no plano infraconstitucional, de atuação concreta do Estado brasileiro para garantir o desenvolvimento ou a proteção de minorias raciais, a fim de assegurar-lhes, em condição de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (Decreto n. 65.810/1969). Ainda, salientou-se que a Constituição de 1988, que tem no princípio da igualdade material um de seus princípios fundamentais, desde o seu preâmbulo, demonstra a finalidade do Estado Democrático brasileiro, qual seja, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Outrossim, o art. 3º da Constituição traz como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, conforme asseverou a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, todos os verbos dos incisos do artigo 3º da Constituição Federal de 1988 impõem ao Estado a adoção de comportamentos ativos para atingir os objetivos neles arrolados, uma vez que, se a igualdade jurídica fosse somente a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente



incapaz de possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Ainda, verificou-se que, para o Supremo Tribunal Federal, considerar o princípio da igualdade apenas em sua dimensão formal, sem observar a dimensão material, impossibilita toda e qualquer ação afirmativa, direcionada a reparação seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. O que se coaduna com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, como trabalhando anteriormente na presente dissertação.

Assim, para o Supremo Tribunal Federal, a tomada pelo Estado de providências concretas direcionadas a garantir o desenvolvimento humano de minorias historicamente discriminadas identifica-se com os princípios postos na Constituição da República: “como assentado por este Supremo Tribunal Federal em diversos julgados” (p.174)

Assim, mesmo já havendo manifestação da Corte em matéria semelhante (ADPF 186) que, inclusive, foi utilizada para fundamentar a decisão em estudo, e, embora muito bem trabalhada pelo Tribunal a questão da igualdade em seu caráter material e a conseqüente necessidade de uma postura ativa do Estado para a sua concretização, não é possível perceber a utilização clara de critérios ou instrumentos específicos quanto às políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias.

Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357/DF, o Supremo Tribunal de Federal manifestou-se pela improcedência do pedido que pretendia a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 28 e artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015, notadamente quanto a existência neles da expressão “privadas”. Assim, a Corte assentou o entendimento de que a Lei nº 13.146/2015 assinala a aceitação do compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática assumido pela Constituição Federal de 1988 ao impor não somente às escolas públicas, como também para as particulares o dever de focar sua atividade educacional pautada em todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação dispõe e que são dispostas em seu Capítulo IV.

Ainda, o STF destacou que, conforme a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Constituição da República, apenas com a convivência com o pluralismo e com o seu imprescindível acolhimento que haverá a

formação de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja propiciado sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita, uma vez que dispositivos de *status* constitucional estipulam a meta de inclusão plena, como também se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência.

Assim, ao analisar a moldura normativa, a Corte entende que é justamente por meio da lei impugnada que o Brasil atende ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal salientou que, não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, quer dizer, independentemente de concessão ou permissão, isso não conduz a conclusão de que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade.

Quanto ao inconformismo da Autora em relação à obrigação imposta às instituições de ensino privadas - no que tange a obrigação de garantir o atendimento educacional especializado -, baseado no argumento de que essa obrigação é exclusiva do Estado, também não se sustenta, segundo o STF. Haja vista que o artigo 227 da Lei Fundamental confere não apenas à família e ao Estado o dever de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade”, o direito à educação, entre outros, como também o dever de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Esse dever é fixado também em relação a sociedade, classificada, no preâmbulo da Constituição, como uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Nesse ponto, embora os julgadores não tenham mencionado diretamente, mostra-se latente o cabimento da matéria abordada na presente dissertação ao caso, notadamente no que se refere ao dever de proteção e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, não sendo, dessa forma, obrigação exclusiva do Estado a

prestação do atendimento educacional especializado, mas sim um compromisso de todos.

Ainda, quanto ao alegado alto custo de implementação, a Corte lembrou das lições de Kant, para quem valor não tem preço; o que tem valor e não preço é o que dispõe de dignidade, precisamente o centro do constitucionalismo contemporâneo.

Desse modo, a Corte Constitucional brasileira teve a sensibilidade necessária para garantir a aplicação dos direitos fundamentais ao caso em análise, especialmente ao destacarem que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática, bem como ao asseverarem que os direitos fundamentais vão além de obrigações do Estado com os indivíduos, vinculando também os particulares, razão pela qual entenderam constitucional o dever de prestação de ensino inclusivo também pelas instituições particulares. Entretanto, ao longo da decisão não houve a utilização de critérios ou instrumentos específicos quanto às políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias.

No que se refere a ação direta de inconstitucionalidade 4.439/Distrito Federal (ADI 4.439/DF), o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, declarando constitucionais os artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e 11, §1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Assim, fixou-se o entendimento de que o ensino religioso constitucionalmente garantido é um direito subjetivo individual e não um dever fixado pelo Poder Público.

Percebe-se que o conteúdo nuclear necessário ao verdadeiro ensino religioso é justamente os dogmas da fé, diferentes para cada uma das diversas confissões religiosas existentes no Brasil e todos protegidos integralmente pela liberdade de crença. Dessa forma, constata-se que não há como ministrar essa disciplina de forma neutra, pois ela possui seus próprios dogmas estruturantes que se diferenciam entre si e, mais ainda, em relação aos demais ramos do saber. Em razão disso, o ensino religioso em escolas públicas deverá ser oferecido conforme a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal.

Por fim, também restou fixado o entendimento de que o Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores. Entretanto, em momento nenhum sua legislação, seus procedimentos e políticas públicas devem ser alicerçadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião, em razão da laicidade do Estado.

Com esta decisão o Supremo Tribunal Federal estabelece importante posicionamento em favor da liberdade de expressão de pensamento baseado na tolerância, não discriminação e diversidade de opiniões.

## 5 CONCLUSÃO

Almejou-se, com a dissertação, discutir e problematizar quanto a forma como o Supremo Tribunal Federal se posiciona e quais critérios de decisão adota em feitos que tratam de políticas públicas referentes à não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias, a partir das decisões analisadas (ADC 41/DF, ADI 5.357/DF e ADI 4.439/DF). Como critério para a noção de “minorias”, adotou-se a própria previsão constitucional contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, foram analisadas decisões que tratem da não discriminação de grupos minoritários.

Objetivando realizar tal tarefa, realizou-se uma explanação acerca dos Direitos Fundamentais, a partir da ideia de sua função como trunfo das minorias em relação às maiorias, bem como discorreu-se sobre um dos mais significativos efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja, o dever de proteção estatal, que opera tanto nas relações entre os cidadãos e os órgãos públicos, como naquelas entre particulares.

Ainda, explanou-se quanto à necessidade de proteção das minorias no contexto democrático, evidenciando que a noção de democracia não se limita ao governo da maioria. Ela abrange o espaço em que se respeitam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça. Em um contexto democrático, onde há um Estado constitucional de direito, não haverá o governo da maioria, mas sim o governo para todos.

Outrossim, destacou-se a vocação de proteção das minorias da Constituição Federal de 1988, Lei Maior esta que ultrapassa o simples critério da maioria, trazendo proteções, inclusive, para aqueles que, por alguma razão, não podem integrar a maioria. A partir desse marco as minorias marginalizadas começam a acessar o Judiciário como uma via possível de efetivação de seus direitos.

O Supremo Tribunal Federal vem exercendo seu papel contramajoritário nos casos de desrespeito aos grupos minoritários, impedindo o retrocesso da atual situação dos direitos individuais destes grupos. O controle de constitucionalidade é um dos meios designados a esse fim, provavelmente o mais significativo, consistindo

na averiguação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição, podendo ser realizado, no Brasil, de forma concentrada ou difusa. Percebida a dissonância, o sistema possui um conjunto de medidas que objetivam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada.

Contudo, isso não significa que a maioria sempre terá de render-se frente aos desejos das minorias, como também não quer dizer que haverá um confronto de uma maioria contra uma minoria e que a vontade da primeira sempre irá vencer. No entanto, reconhece-se que existem grupos minoritários que possuem convicções e opiniões diversas e que não há justificativa para que os seus direitos sejam infringidos e, além disso, devem ter a proteção dos seus direitos garantida, pois os seus direitos são tão fundamentais quanto os de qualquer outro grupo ou do resto dos cidadãos. O obstáculo é que, não raras vezes, garantir os direitos dessa minoria significa contrariar deliberações de caráter majoritário, ou seja, os direitos fundamentais situam-se como limites à própria deliberação da maioria.

Desse modo, ao contrariar posições majoritárias, acabam surgindo questionamentos quanto a legitimidade dessa atuação. A legitimidade da Justiça constitucional parte, basicamente, da noção de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, eis que, enquanto o pensamento ainda predominante é o de que a Democracia apresenta-se como governo da maioria, apoiado na soberania popular, nos direitos fundamentais e na dignidade humana, já o Estado de direito apresenta-se para promover a supremacia das normas constitucionais, o acatamento aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não apenas com o intuito de proteger os grupos majoritários, mas também, os direitos da minoria. Assim, indispensável a harmonização do Parlamento com a Justiça constitucional e a garantia dos direitos das minorias.

Constatou-se que a jurisdição constitucional colhe sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais. Isto posto, verificou-se que em um Estado Democrático de Direito, não há como desvincular os direitos fundamentais da democracia, ambos se guardam, se completam, formando um vínculo de interdependência entre um e outro. Devem, dessa forma, as Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais garantir o processo democrático e prover os valores

constitucionais, afastando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, apesar disso, desqualificar sua própria atividade

Seguindo para o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias, o que foi observado através da análise das decisões proferidas na ação declaratória de constitucionalidade 41/DF, na ação direta de inconstitucionalidade 5.357/DF e na ação direta de inconstitucionalidade 4.439/DF, a fim de verificar quais os critérios e/ou instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e pessoas com deficiências.

Assim, constatou-se que é possível responder ao questionamento a que a presente dissertação se propôs: quais os critérios e instrumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADIs e ADCs) compreendidas entre os anos de 2016 e 2017, nas decisões relativas a políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias raciais, religiosas e de pessoas com deficiências? Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal adota uma postura sensível aos direitos fundamentais dos grupos minoritários, salientando, no julgamento da ADC 41/DF, a questão da igualdade em seu caráter material e a conseqüente necessidade de uma postura ativa do Estado para a sua concretização e, no julgamento da ADI 5.357, o papel da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência na concretização do princípio da igualdade, bem como a noção de que os direitos fundamentais vão além de obrigações do Estado com os indivíduos, vinculando também os particulares. Além disso, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 4.439/DF o Supremo Tribunal Federal institui significativo posicionamento em prol da liberdade de expressão de pensamento baseado na tolerância, não discriminação e diversidade de opiniões.

Entretanto, ao longo das decisões trabalhadas não houve a utilização de critérios ou instrumentos específicos quanto às políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias.

Dessa forma, confirma-se a hipótese apresentada inicialmente de que o Supremo Tribunal Federal não possui critérios ou instrumentos próprios nas decisões

que tratam de políticas públicas de não discriminação e realização do direito de igualdade das minorias, apreciando as situações de forma casuística.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**. v. 921, 2012

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, 2013, v. 6, n. 2. p. 11 - 32.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.217, Rio de Janeiro, 1999.

ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. **O Constitucionalismo Contemporâneo e a necessária aproximação entre direitos fundamentais e democracia**: o papel da Jurisdição Constitucional Aberta. In: Anais do 12º Seminário Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização - 25 anos de Constituição Federal. 1. v. Santa Maria: Unifra, 2013.

ALVES, Fernando de Brito. OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. **Democracia e Ativismo Judicial**: Atuação Contramajoritária do Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais das Minorias. *Revista Argumenta*. v. 1, p. 33-45, 2014.

ALVES, Fernando Roberto Schnorr. **O critério do dever de proteção nas condenações brasileiras no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: uma perspectiva comparativa à compreensão do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2015.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de decisão na jurisdição constitucional e garantia de direitos fundamentais das minorias pelo STF. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 20. n.2. 2015.

ÁVILA, Maria Cristina Alves Delgado de. Como entender e atender aos direitos das minorias? **AREL FAAR**, Ariquemes, RO, v. 2, n. 2. 2014

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI n. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **REVISTA DIREITO GV**, São Paulo, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contra majoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez->

28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>. Acesso em: 4 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/first>>. Acesso em: 20 de dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC. n. 18, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado: Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/cfi/6/2!/4/2/2@0.00:0>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Repensando a Teoria da Separação de Poderes: novas perspectivas com relação ao Judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito**. 2008. 197 p. Dissertação (Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008.

BRASIL. Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

BRASIL. GUIMARÃES, Ulisses. Discurso do Presidente da Constituinte na data da promulgação da Constituição de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História constitucional do Brasil**. 2. ed. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF**. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgada em 08/06/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4439/DF**. Rel. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgada em 27/09/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5357/DF**. Rel. Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgada em 09/06/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 54, 2006. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade?** - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2509541orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

CONRADO, Rômulo Moreira. **A função social das liberdades de expressão**: limites constitucionais. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará: Fortaleza, 2014.

COURA, Alexandre de Castro; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 52, n. 207. 2015. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p63)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495993/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. **O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas**: um estudo de caso. I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/12858/2006>>. Acesso em: 18 de nov. 2018.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Políticas dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal De 1988**: Releitura de uma constituição dirigente. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Maranhão: São Luís, 2005.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486250/>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação**: Sua Aplicação às relações de Trabalho. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como poder político. **Revista de estudos políticos**, Espanha, n.25, p.9-37. 2004. Disponível em: <[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1039092.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1039092.pdf)>. Acesso em: 07 de nov. 2018.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328. 2014.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de Direitos Humanos. In: BRANDÃO, Cláudio. (Coord.). **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. p. 15-31. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488339/>>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

KOHL, Cleize Carmelinda. Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo Contemporâneo: uma análise da visão constitucional brasileira. In: GORCZEWSKI, Clovis. (Org). **Direitos Humanos e Participação Política**. v. 5. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2014.

LARANJEIRA, Márcio Fernando Bouças. Separação de Poderes, supremacia do Parlamento e controle de constitucionalidade. **Revista Virtual da AGU**, ano XIII, n. 141, 2013. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791328](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791328)>. Acesso em: 21 nov. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 143-163.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde. In: \_\_\_\_\_; LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 89-106.

LEAL, Mônia Clarrisa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarrisa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo? **Estudios Constitucionales**, Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, n. 2, p. 429-453, 2012a.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de Políticas Públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2012. v. 1.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81. 2018.

LEMOS, Maitê Damé Teixeira. **Controle jurisdicional de políticas públicas: o direito cooperativo de peter häberle como fundamento para uma noção de cooperação entre os poderes e para a atuação do judiciário como um “novo” ator no âmbito das políticas públicas**. 2015. 275 f. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

MAAS, Rosana Helena. **O dever dos entes estatais de disponibilizar informações públicas como fundamento para o exercício do status activus processualis no controle de políticas públicas: uma proposta de canal de informação e transparência em políticas públicas da saúde (citapp saúde) frente ao estudo da judicialização da saúde em Santa Cruz do Sul.** 2016. 289 f. Tese (Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

MAIA; Luciano Mariz; ROCHA, Carmen Lúcia. A proteção das minorias no direito brasileiro. **Seminário Internacional - As Minorias e o Direito** – CJF - Série Cadernos do CEJ, v. 24, 2003.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006537/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do CONPEDI.** Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6328-6348.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoria política & Tribunal constitucional.** Madrid: Trotta, 2002.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Sequencia**, v. 32, p. 319-352, 2011.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da suprema corte do Brasil, em 23/04/2008.** Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2018.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203665/cfi/0>>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** 2013. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: **Revista Jurídica Virtual Brasília**, vol. 2, n. 13, 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1011/995>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Cosntitucional. **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, v. 159, n.40, p. 47-59, 2003.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Tradução de N. R. Salmones. Madrid: Alianza, 1986.

NETTO, Menelick Carvalho. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge R. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Lisboa: Coimbra, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Série IDP. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502176485/cfi/0>>. Acesso em: 20 ago 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618480/>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. (Orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p.179-187, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204594/cfi/0>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**. O Debate Contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquênta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Tradução Beatriz Hennig et. al. Leonardo Martins (Org.). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JÚNIOR, Assis Moreira. **Diversidade sexual e inclusão social**, uma tarefa a ser completada. Franca: Lemos & Cruz, 2014.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thaís Luzia. O direito das minorias na constituição brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades. In: **CONPEDI**, 2008. CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux. v. 1

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – O Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, n. 2, v. 1, p. 27-41, 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: Sentimentos e Opiniões**. De uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Tradução de Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2004.



VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro.** 2012. 269 f. Tese ( Programa de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade da Universidade de São Paulo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WOODARD, David. et al. **Supreme Court Stories: Marbury v. Madison.** Vídeo Série da Soomo"s American Government Webtext, Central Ideas in American Government, 2013. Disponível em: <<http://soomolearning.com/blogs/posts/supreme-court-stories-marbury-v-madison>>. Acesso em: 21 nov. 2018.