

ano 21 – n. 86 | outubro/dezembro – 2021
Belo Horizonte | p. 1-284 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i86
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral

ISSN impresso 1516-3210

ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal

*The interpretative application of Law:
Warren Court Case study and its
influence on the Supreme Federal
Court*

Fábio Periandro de Almeida Hirsch*

Universidade Federal da Bahia (Brasil)
academico@fabioperiandro.adv.br

Jailce Campos e Silva**

Faculdade Baiana de Direito e Gestão (Brasil)
jailcecampos@hotmail.com

Recebido/Received: 08.02.2020/February 8th, 2020

Aprovado/Approved: 14.11.2021/November 14th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 177-204, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1297.

- * Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia – UNEB e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado – UNIJORGE. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). *E-mail*: academico@fabioperiandro.adv.br
- ** Pós-Graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (Salvador-BA, Brasil). MBA em Gestão de Projetos pela Universidade Salvador. Especialista em Gestão e Desenvolvimento de Pessoas pela Fundação Visconde de Cairu. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Bacharel em Secretariado Executivo pela Universidade Católica do Salvador. Membro da Comissão de *Compliance* da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. *E-mail*: jailcecampos@hotmail.com

Resumo: Os avanços nas condições socioeconômicas dos indivíduos têm tornado crescente a demanda pela efetividade dos preceitos constitucionais e garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a atuação mais efetiva dos juízes para além da aplicação da lei. Este artigo traz uma reflexão acerca do fenômeno da criação de um novo direito proveniente da subjetividade da interpretação constitucional por parte de juízes e tribunais, bem como apresenta a atuação da Suprema Corte americana e suas técnicas de decisão, em especial a Corte de Warren (1953-1969), e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), no tocante às decisões legitimadas pela jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Criação judicial. Legitimidade. Direitos fundamentais. Estado democrático de direito.

Abstract: Progress in the socioeconomic conditions of individuals have increased the demand for the effectiveness of constitutional precepts and the guarantee of fundamental rights and, as a result, have given judges a more effective performance beyond law enforcement. This article reflects on the phenomenon of the creation of a new right arising from the subjectivity of constitutional interpretation by judges and courts, as well as the work of the Supreme Court of the United States and its decision-making techniques, in particular the Warren Court (1953-1969), and its influence on the Federal Supreme Court (STF), as regards the decisions legitimized by the constitutional jurisdiction.

Keywords: Constitutional interpretation. Judicial creation. Legitimacy. Fundamental rights. Democratic state.

Sumário: 1 Introdução – 2 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito – 3 Estudo de caso: a Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal – 4 Reflexos das decisões judiciais na promoção dos direitos fundamentais nos Estados Unidos da América e no Brasil – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Na sociedade contemporânea, em razão dos avanços nas condições socioeconômicas dos indivíduos, há uma demanda maior pela efetividade dos preceitos constitucionais e garantia dos direitos fundamentais, demandando atuação mais efetiva dos juízes para além da simples aplicação da lei.

Muito embora os direitos fundamentais estejam previstos na Constituição Federal de 1988, ainda há componentes do Estado Democrático de Direito que não foram implementados, devido a desvios na compreensão do significado de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Para tanto, depende do processo de interpretação do seu conteúdo por intermédio dos tribunais responsáveis pela justiça constitucional.

A problemática que ensejou o presente trabalho remete à necessidade de refletir sobre a produção criativa e concretizadora do Direito, através da interpretação constitucional por parte dos juízes, legitimada na jurisdição constitucional.

O problema da presente pesquisa é o seguinte: de que forma a subjetividade da interpretação da norma na legitimidade da jurisdição constitucional pode resultar na criação de um novo direito, conciliando a democracia e o Estado de Direito?

Foram adotadas as seguintes hipóteses: sob o ponto de vista formal ou procedimental, a jurisdição e o Legislativo concorrem para a construção e conformação

do Direito, contudo, o Judiciário se investe de legitimidade para inovar o ordenamento jurídico através da interpretação constitucional; ao juiz, no exercício da interpretação e aplicação das leis, é conferida pela Constituição Federal a legitimidade democrática para criar o Direito quando se faz necessário conceder imediata e plena efetividade dos direitos fundamentais, aproximando a norma da realidade; a ineficiência do Judiciário em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais conduz a uma crise na sua legitimidade, pois reclama que a jurisdição constitucional exerça o controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do Executivo e do Legislativo, a fim de evitar o solapamento da materialidade da Constituição.

Assim, o presente estudo objetiva proporcionar uma reflexão acerca do fenômeno da criação de um novo direito proveniente da interpretação constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais. Baseado no estudo de caso, traz uma breve análise sobre a Corte de Warren (Suprema Corte norte-americana) e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista a sua contribuição para transformar e expandir a jurisdição constitucional em vários países, inclusive o Brasil.

Com vistas a alcançar este objetivo, buscou-se analisar o contexto da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, verificar a legitimidade democrática do Judiciário em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais através da interpretação constitucional e destacar o papel do Judiciário na criação de um novo direito em razão do controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do Executivo e do Legislativo.

A presente pesquisa possui natureza interdisciplinar, tendo em vista o diálogo entre Direito e ciência política, hermenêutica, sociologia, filosofia. Para alcance do objetivo geral e dos resultados, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em fontes como livros, artigos, jurisprudência e legislação.

Este estudo decorre de um despertamento à reflexão sobre o fenômeno da criação de um novo direito por meio da interpretação constitucional no contexto da jurisdição constitucional e está estruturado em três partes.

A primeira parte discorre sobre o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e perante uma sociedade que vem passando por constantes transformações sociais, econômicas e políticas que, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, tem demandado a judicialização de questões políticas, sociais e morais, desencadeando a expansão do Judiciário.

Ainda, no contexto da jurisdição constitucional, aborda-se o exercício da interpretação e guarda constitucional pelo Judiciário para assegurar direitos fundamentais, sendo o Supremo Tribunal Federal a instância máxima para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Legislativo e do Executivo.

Na segunda parte, apresenta-se o entendimento de doutrinadores e a jurisprudência a respeito da aplicação interpretativa constitucional, partindo da reflexão acerca do conceito de interpretação e o contexto onde ela se realiza, a fim de justificar a atuação criativa e concretizadora do Direito pelos juízes.

Na terceira parte, como forma de destacar a concretização da teoria exposta, é relatado o estudo de caso sobre a Suprema Corte americana, especificamente a Corte de Warren (1953-1969), discorrendo uma breve análise a respeito de suas principais características estruturais e técnicas de decisão, bem como sua influência sobre a Corte brasileira. Conclui-se esta parte trazendo os reflexos das decisões de ambas as Cortes na promoção dos direitos fundamentais.

Por fim, são apresentadas as considerações finais e as referências utilizadas para fundamentação do presente artigo.

2 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito

A sociedade brasileira vem passando por transformação da sua realidade social, econômica e política. A partir do processo constituinte, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 – social, dirigente e compromissária –, tem-se intensificado, na concepção de Lenio Luiz Streck,¹ a busca pelo “resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988”: direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

Em razão dessas novas demandas sociais, prevê a Carta Magna a efetividade plena e imediata dos direitos fundamentais, dos preceitos constitucionais e da supremacia da Constituição Federal, os quais consistem o Estado Democrático de Direito, cenário em que o Direito deve ser visto como um instrumento transformador da realidade social.

A partir do olhar sobre a revalorização do Direito, busca-se entender a relação entre a Constituição e a jurisdição constitucional, a fim de refletir acerca do fenômeno da criação de um novo direito proveniente da subjetividade da interpretação constitucional.

Neste sentido, faz-se necessário entender o significado de constitucionalismo na contemporaneidade, especialmente retratado na relação entre Constituição e jurisdição constitucional a partir da compreensão de que “(...) enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 190.

própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”, afirma Lenio Luiz Streck.²

No constitucionalismo moderno, a Constituição é considerada a lei fundamental que rege todo o ordenamento jurídico e resulta em um documento escrito revestido de duas características: “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais”, que tem “ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana”, conforme descreve Dirley da Cunha Júnior.³

Neste cenário, a relação entre Constituição e jurisdição constitucional está ligada a um Estado organizado, com limitações de poder e submissão a um ordenamento jurídico validado pela Lei superior e responsável pela garantia dos direitos fundamentais.

A República Federativa do Brasil compreende, em sua organização político-administrativa, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo Poderes da União o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, os quais são “(...) independentes e harmônicos entre si, (...)”, conforme prevê o art. 2º, da Constituição Federal de 1988.

Em se tratando da separação dos Poderes, Montesquieu⁴ assim fundamenta a sua clássica tese: “Para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste”. Sua doutrina é tripartite, no sentido de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem função específica, sendo adotada pela maioria dos países na atualidade.

Todavia, há de se considerar que, embora os três Poderes sejam independentes entre si, exercem as suas funções de forma harmônica, o que leva a refletir sobre a existência de um equilíbrio entre os Poderes e não de uma separação. Caso contrário, corre-se o risco de haver uma discrepância na correlação entre os Poderes na forma fundamentada por Montesquieu.

Vale destacar que o Judiciário tem o papel de participar da construção da sociedade, pois, para efetivação dos direitos e garantias fundamentais, os juízes são corresponsáveis pela implementação das políticas públicas, mediante o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Manoel Ferreira Filho⁵ assevera que: “O

² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 32.

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 287.

controle sobre a lei se traduz pela verificação de constitucionalidade que, a justo título, tem de ser considerada básica para a sobrevivência do regime constitucional. De fato, é o critério realista da supremacia da Constituição, que, se não for protegida por um mecanismo eficaz, será palavra vã”.

Ademais, os sistemas constitucionais modernos reconhecem o Judiciário como o Poder dotado de melhores condições para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais diante de ameaça ou violação desses direitos.

É, pois, neste cenário de constante transformação social e de sujeição de todo o ordenamento jurídico à Carta Magna, que se deve refletir sobre a atuação do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, a quem é outorgado poder para averiguar se as leis e os demais atos da Administração Pública estão em conformidade com o texto constitucional.

Quanto à efetividade dos princípios, objetivos e garantias dos direitos fundamentais, Hans Kelsen⁶ afirma que: “A garantia jurisdicional da Constituição é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.

Mauro Cappelletti⁷ pondera que: “A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*” (freios e contrapesos).

Nesse diapasão Dias Toffoli,⁸ participando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF, defende que o modelo de freios e contrapesos se caracteriza “por meio de contrapartidas de controle recíproco entre os Poderes, que viabiliza a manutenção do equilíbrio e da harmonia quando se tem intervenções de um Poder em função própria de outro”.

2.1 A ascensão do Poder Judiciário

Até o final da Segunda Guerra Mundial (1945), na Europa Continental vigorava o Estado Legislativo de Direito, no qual a Constituição era um documento político e, para que suas normas fossem desenvolvidas e aplicadas, dependia da atuação do Legislativo ou do Executivo.

A partir daí, consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição passa a ser o parâmetro de todo o ordenamento jurídico, disciplinando

⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-124.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999, p. 19.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF*, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) para Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, Processo Eletrônico DJe-159, Divulgado em 06/08/2018 e publicado em 07/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339000646&ext=.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

a elaboração de leis e atos normativos, inclusive a imposição de limites para o seu conteúdo e atuação do Estado.

Com a finalidade de esclarecer o posicionamento da lei nos Estados Legislativo de Direito e Constitucional de Direito, Luís Roberto Barroso⁹ assim os caracteriza: “centralidade da lei e supremacia do parlamento” para o Estado Legislativo de Direito e “centralidade da Constituição e supremacia judicial” para o Estado Constitucional de Direito.

Posicionar a Constituição no centro do ordenamento jurídico configura uma mudança de paradigma, que resulta na judicialização decorrente do modelo constitucional do Estado brasileiro, configurado de forma que o Judiciário seja provocado a manifestar acerca de pretensões subjetivas ou objetivas nos limites formulados pelos litigantes e nos limites da criatividade judicial para construção da jurisprudência, clareza do direito e segurança jurídica.

Frise-se que a atuação judicial na construção da jurisprudência dentro dos limites impostos pelas partes e pelo modelo constitucional brasileiro requer um esforço do jurista na busca do equilíbrio, conforme assevera Paulo Gustavo Gonet Branco:¹⁰ “A ideia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O balanço de interesses conflitantes a que o Direito é chamado a compor captura o esforço último do jurista. (...). Enfrentar esses desafios constitui tarefa que se associa à concepção do que seja o trabalho do jurista”.

No Brasil, a judicialização ganhou força a partir do processo de redemocratização do país, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, promovendo a ascensão do Judiciário, a quem compete, no exercício da função jurisdicional contramajoritária, exercer o papel de controlar e exigir que o Estado intervenha em benefício de toda a sociedade.

Consequentemente, a democracia reacendeu no povo a cidadania, o acesso facilitado à informação e a consciência dos seus direitos, levando-o a buscar a tutela dos seus interesses. Denomina-se este evento de judicialização, que é o redirecionamento para o Judiciário das decisões acerca de questões políticas, competência do Executivo e do Legislativo.

Resta claro que a efetiva participação da sociedade no processo de redemocratização contribuiu para a expansão do Judiciário ao reconhecer a capacidade deste para controlar com eficiência a atuação dos demais Poderes, a fim de garantir o Estado Constitucional de Direito.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 442. (Minha Biblioteca Virtual).

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1. (Série IDP).

Outro fator importante para a expansão do Judiciário é a previsão constitucional de matérias relacionadas à implementação de políticas públicas, que antes eram de abrangência política sob a responsabilidade do Legislativo e do Executivo e, hoje, transformam-se em uma pretensão jurídica, que resulta em uma ação judicial, conectando a política e o Direito.

Como forma de demonstrar a proximidade entre a política e o Direito, percebe-se, na atuação do Judiciário, a discussão e a busca pela concretização das políticas públicas por meio do Poder Público, a exemplo da proteção ambiental no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.312/TO pelo STF,¹¹ julgado no qual se tratou de limitações aplicadas aos Estados-Membros quanto a não dispensar a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pela lei objeto da ADI, buscando contrabalançar o desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris e a intervenção sobre o meio ambiente – concluindo pela inviabilidade de flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade para que não ocorra na prática uma proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

A existência de conduta omissiva do Estado na implementação de políticas públicas tem desencadeado a expansão do Judiciário brasileiro mediante a judicialização de questões políticas, sociais e até mesmo morais.

Como exemplo da ausência de legiferância do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1104823/CE¹² referente a não previsão legal do direito de greve do servidor público, ainda não regulamentado, focando na busca de permitir que eventuais restrições ou limitações quanto ao exercício do direito, a depender da essencialidade da atividade considerada, não inviabilize a fruição do direito constitucional de greve que possui eficácia imediata por meio da atuação supressiva do ponto omissis pelo STF.

Uma vez provocado ante a omissão do poder estatal, o Poder Judiciário não tem alternativa que não seja conhecer a ação e pronunciar sobre o seu mérito, desde que preenchidos os requisitos de cabimento, em face do seu papel moldado pelo modelo constitucional vigente.

Outra causa da ascensão do Judiciário, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, espelhado no pioneiro sistema americano de controle incidental e difuso, estabelece que juízes e tribunais podem deixar de aplicar a lei

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.312/TO*. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, Processo Eletrônico DJe-026. Divulg. 08-02-2019. Public. 11-02-2019).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1104823/CE*. Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, Processo Eletrônico DJe-019. Divulg. 31-01-2019. Public 01-02-2019).

no caso concreto diante da não conformidade com a Constituição Federal, que é o seu parâmetro.

Ademais, como reflexo da influência do sistema de controle de constitucionalidade europeu, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, permite a propositura, por entidades públicas e privadas, de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade de leis ou atos normativos federal ou estadual sobre temas relevantes.

2.2 A jurisdição constitucional

Entende-se por jurisdição constitucional o exercício de interpretação, aplicação e guarda da Constituição pelo Judiciário, a fim de assegurar direitos fundamentais às minorias no exercício de sua função contramajoritária.

No Estado Constitucional, as Cortes Constitucionais são as instituições que melhor desempenham esta função, embora compita aos demais Poderes e à sociedade a mesma tarefa. No sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é a instância máxima para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Legislativo e do Executivo.

Neste contexto, para compreensão do conceito de jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso¹³ a define como o “poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”.

Frise-se que a Constituição brasileira de 1988 é fruto do processo de redemocratização do país, cujas características são a organização do Estado e suas limitações enquanto poder estatal, a fim de assegurar a existência de princípios fundamentais e o uso das leis.

Não obstante a sua função de limitar e racionalizar a atividade do Estado, Georges Abboud,¹⁴ no contexto do constitucionalismo democrático, apresenta as Constituições “na medida em que elas passam a buscar instrumentos institucionais necessários para assegurar a preservação dos princípios fundamentais”.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 443. (Minha Biblioteca Virtual).

¹⁴ 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 On-line*, v. 921, p. 4-5, jul. 2012, DTR\2012\44816. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc5000016a78018ded4f9b1710&docguid=i61145550c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=i61145550c66311e1ba6a00008517971a&spos=13&epos=13&td=44&context=23&crumb-action=append&crumb-aisFromMultiSummlabel=Documento&isDocFG=false=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 1^o maio 2019.

Nas Constituições democráticas, a exemplo da Constituição brasileira, em se tratando dos princípios da inviolabilidade dos direitos fundamentais e da igualdade, Georges Abboud¹⁵ ressalta que: “Esse segundo princípio, nas Constituições democráticas, não se limita mais à mera proibição de discriminação, ele adquire dimensão promocional como mecanismo de acesso a bens fundamentais de convivência civil, tal como direito à educação, saúde e os direitos sociais”.

No Estado Democrático de Direito, não basta o Estado garantir a existência dos direitos fundamentais. É preciso, também, promover os demais direitos provenientes de sua existência, como forma de sustentar os fundamentos da República Federativa do Brasil previstos no art. 1º, I a V, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Para Georges Abboud,¹⁶ “os direitos fundamentais constituem conquista histórica da sociedade oriunda do desenvolvimento do próprio constitucionalismo”. Entende-se que a sua inobservância configura involução do processo civilizatório da sociedade e que a garantia de tais direitos é a base para a existência do Estado Democrático de Direito.

2.3 A aplicação interpretativa constitucional

Para melhor compreensão do processo de interpretação constitucional, é importante refletir acerca do conceito de interpretação e o contexto em que ela se realiza.

Peter Häberle¹⁷ diz que todos são agentes conformadores da realidade constitucional: “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Toda interpretação por meio de qualquer indivíduo constitui, parcialmente, uma interpretação constitucional. Originariamente, interpretação é apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)”.

Vivia-se em uma sociedade fechada, na qual os intérpretes constitucionais se limitavam aos juízes, detentores de capacidade técnica no campo das ciências jurídicas.

¹⁵ ABBLOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais On-line*, v. 921, p. 5, jul. 2012, DTR\2012\44816. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016a78018ded4f9b1710&docguid=I61145550c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I61145550c66311e1ba6a00008517971a&spos=13&epos=13&td=44&context=23&crumb-action=append&crumb-&isFromMultiSummlabel=Documento&isDocFG=false=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 1º maio 2019.

¹⁶ ABBLOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13-14.

Destarte, no processo de interpretação da Constituição, o universo composto de intérpretes recepciona todos aqueles a quem a norma alcança. Para Peter Häberle,¹⁸ “(...) cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (...)”. Neste processo, verifica-se a influência da teoria democrática, de onde exsurge a ideia de participação deliberativa.

Jorge Miranda¹⁹ coaduna com Peter Häberle, ressaltando que todos e não somente o Estado, em uma sociedade pluralista, são partícipes ativos no processo hermenêutico, destacando o que chama de ausência de uma lista em *numerus clausus* dos habilitados para a interpretação adequada da Constituição.

Já para Ricardo Maurício Freire Soares,²⁰ “Interpretar consiste, do ponto de vista semiótico, em descobrir o sentido e o alcance dos modelos normativos, procurando a significação dos signos jurídicos. (...) a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças operadas na vida social”.

Há de se considerar que a aplicação da norma jurídica positivada requer a atuação compreensiva do intérprete para externar o significado da norma na busca por uma decisão justa, correlata com os conflitos sociais e persuasiva perante a comunidade jurídica.

Por isso Celso Ribeiro Bastos²¹ afirmava anos antes da Constituição de 1988 que “interpretar é atribuir um sentido ou um significado ao texto” e como forma de descrever a atuação do intérprete, a define como “uma atividade volitiva, vale dizer, que envolve a vontade do agente interpretativo”.

No que concerne à interpretação constitucional diante da separação dos poderes, Luiz Fux,²² em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF, foca na ideia que a pluralização dos intérpretes da Constituição ocorre por meio de atuação coordenada entre os poderes estatais simultânea ao agir dos diversos segmentos da sociedade civil organizada, “em um processo contínuo, ininterrupto e republicano”, usando os envolvidos suas capacidades específicas no embate dialógico.

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 131. (Coleção Fora de Série) (Minha Biblioteca Virtual).

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332-333.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59-60.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF*, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 1º/10/2015, Processo Eletrônico DJe-049, Divulgado em 15/03/2016 e publicado em 16/03/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Jorge Miranda²³ expressa que “A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação do Direito; insista-se, não se destina à enunciação abstrata de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma”.

A conformação está na tríade realidade-ordenamento jurídico-norma constitucional. Todo e qualquer cidadão, que busca a tutela jurisdicional, espera do Estado-juiz a aplicação da norma para assegurar os seus direitos. No contexto da Constituição, o processo de interpretação jurídica não pode se distanciar do processo de aplicação do Direito, em que vida e norma não se desprendem.

Inocêncio Mártires Coelho²⁴ reafirma Friedrich Nietzsche, dizendo que “Não existem fatos, mas, apenas, interpretações de fatos, assim como não existem fenômenos morais, mas, apenas, uma interpretação moral dos fenômenos, e isso tudo já é uma interpretação”.

O seu conceito de interpretação remete ao exercício de externar a compreensão de algo latente: “A interpretação é a forma explícita da compreensão. Interpretar significa explicitar a compreensão subjacente. Interpretar já é transformar, na medida em que fazemos de uma coisa dada uma coisa interpretada, assim como, interpretando as leis, os seus tradutores transformam direito legislado em direito interpretado”.²⁵

Esta transformação do direito legislado em direito interpretado está expressa no julgamento do Recurso em Sentido Estrito (RSE) nº 7000710-78.2018.7.00.0000, do Superior Tribunal Militar (STM),²⁶ que traduz o benefício da hermenêutica jurídica como ferramenta útil para o operador do Direito no exercício da interpretação das leis: “A hermenêutica jurídica promove a analogia e a integração de disposições legais para, alfim, proporcionar a adequada compreensão de seu conteúdo. Constitui ferramenta essencial para o operador do direito efetuar a interpretação da Lei que, por vezes, ultrapassa a literalidade, dando-lhe maior hígidez. (...)”.

Resta clara a tarefa volitiva dos intérpretes de dar um significado ao texto. Gomes Canotilho²⁷ afirma que “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na

²³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 131. (Coleção Fora de Série) (Minha Biblioteca Virtual).

²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30-31.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal Militar (STM). *Recurso em Sentido Estrito (RSE) nº 7000710-78.2018.7.00.0000*. Relator (a): Min. Gen. Ex. Marco Antônio de Farias, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2018 e publicado em 16/11/2018.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1200-1201 (Manuais Universitários).

constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”.

Deve-se proceder à interpretação de todas as normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, tendo como intérpretes não somente o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mas, também, todo aquele a quem a norma alcançar.

Prevalece, pois, a tese de que a norma requer uma interpretação reconstrutiva do Direito por seus aplicadores.

2.4 A atuação criativa e concretizadora do Direito pelos juízes

Na sociedade contemporânea, a atividade do Juiz tem se expandido para além do pronunciamento da lei. O processo de interpretação das leis em conformidade com a Constituição revela um caráter criativo, que exige do juiz aptidão e legitimidade para inovar a ordem jurídica, com vistas à concretização dos preceitos constitucionais, à clareza do Direito, à manutenção da segurança jurídica, a evitar o solapamento da materialidade da Constituição.

Nesse sentido, visando à aplicabilidade imediata e plena efetividade dos direitos fundamentais, é legítima a atuação judicial criativa e concretizadora do Direito. Embora esteja o juiz limitado e vinculado à Constituição, havendo abertura, recorre às diversas possibilidades de escolha e decisão.

Parte da doutrina considera a atuação criativa e concretizadora do Direito um exercício de discricção judicial, a exemplo de Hans Kelsen²⁸ para quem “a interpretação da lei não deve conduzir a uma única solução correta, havendo uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades; cabe ao intérprete a escolha de uma delas”.

Nesse sentido, percebe-se que a lei dá vazão a várias interpretações ante a complexidade das relações sociais e os crescentes litígios, pois o ordenamento jurídico nem sempre se mostra claro para o juiz decidir com base exclusivamente nas normas, permitindo-lhe declarar e inovar o Direito com legitimidade na jurisdição constitucional.

Todavia, Mauro Cappelletti²⁹ pondera que “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”, pois deve prestar contas à sociedade em decorrência da repercussão e abrangência de suas decisões, conforme prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 466.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999, p. 24.

Observa Alexandre de Moraes³⁰ que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formal da própria Constituição, “que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário”, assim como a sua legitimidade material, pois “os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as ideias básicas da Constituição material”.

Luís Roberto Barroso³¹ afirma que, mesmo quando se está diante de conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos, revelando o que chamou de “vontade do constituinte”, no sentido de fazer valer a vontade do povo por sobre a das maiorias parlamentares eventuais.

Indubitavelmente, a relevância da Constituição reflete a importância do Tribunal Constitucional para o Estado Democrático de Direito. Alguns doutrinadores apresentam argumentos favoráveis à criação judicial do Direito a partir da aplicação interpretativa da Constituição na jurisdição constitucional.

Contudo, outros proferem críticas por considerarem que a jurisdição constitucional viola o princípio da separação dos Poderes, conforme explicita Jürgen Habermas:³² “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça. Nesse sentido, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes”.

Este é o principal argumento de que os membros do Judiciário, por não serem eleitos pelo povo, não possuem legitimidade democrática para inovar o ordenamento jurídico. Consideram que somente são legítimos o Executivo e o Legislativo, devido ao seu caráter majoritário, representativo da soberania popular.

No entanto, Gustavo Binenbojm³³ defende que, mesmo diante da função contramajoritária da jurisdição constitucional, ao Judiciário compete anular os atos dos representantes do povo e, ainda assim, favorecer o regime democrático, até porque sua função seria a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos e, por isso mesmo, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, “sua intervenção se dá a favor e não contra a democracia”, sendo ela a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50-53.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78. (Minha Biblioteca Virtual).

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 298.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 224.

Destaque para o confronto entre legitimidade democrática da jurisdição constitucional e legitimidade democrática legislativa, respectivamente, contramajoritária e majoritária. Acerca do ponto, Alexandre de Moraes³⁴ assevera que “enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional” do Poder do Estado para proteção da maioria e, também, da minoria.

O atual Ministro do STF³⁵ vai além ao afirmar que, formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais devem prevalecer sobre as decisões dos representantes do povo, “(...) porque se presume que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário”.

Corroborando a afirmação de Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso³⁶ aponta que “A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador”. Como já dito, se a Constituição tem *status* de norma jurídica, o Judiciário é que detém competência para interpretá-la e aplicá-la por meio da adoção de critérios jurídicos, revelando a vontade do constituinte e, conseqüentemente, prevalecendo a vontade do povo.

É mediante a atividade interpretativa e criativa dos juizes, presente no fenômeno das mudanças jurisprudenciais, que decorre a atuação criativa e concretizadora do Direito pelos juizes. Não se trata de uma postura judicante contrária à democracia, mas para a democracia.

3 Estudo de caso: a Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal

Apresenta-se uma breve análise a respeito da Suprema Corte Americana, especificamente a Corte de Warren (1953-1969), e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal, discorrendo a respeito das principais características estruturais e técnicas de decisão, bem como os reflexos de suas decisões na promoção dos direitos fundamentais.

A Corte de Warren foi escolhida para ser objeto deste estudo em razão de ter sido responsável por marcante transformação e expansão da jurisdição constitucional

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77-78. (Minha Biblioteca Virtual).

em vários países que adotam o controle de constitucionalidade, inclusive no Brasil, tendo em vista o seu pioneirismo no controle de constitucionalidade, servindo de inspiração para criação do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.1 Características estruturais

O Supremo Tribunal Federal, com jurisdição em todo o território nacional, é composto de onze ministros, brasileiros natos escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, no gozo dos direitos políticos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal (arts. 12, §3º, IV; 52, II, *a*; 101, CF/1988, art. 2º, Lei Complementar nº 35/1979).

A previsão constitucional do quantitativo de membros do STF vem desde a Constituição Federal de 1891, sofrendo uma variação até chegar ao quantitativo atual. Sua alteração só é possível mediante Emenda Constitucional (art. 60, §4º, III, CF/1988) e seu Presidente e Vice-presidente são escolhidos por seus pares para um mandato de dois anos (art. 96, I, *a*, CF/1988).

Para Alexandre de Moraes,³⁷ “a composição do STF, fixada diretamente pela Constituição Federal, reveste-se da natureza de cláusula de independência do próprio Poder Judiciário”.

A Suprema Corte americana, atualmente, é composta de nove juízes escolhidos pelo Presidente da República após aprovação da maioria simples do Senado (artigo II, Seção 2, da Constituição americana).

Não há previsão no ordenamento jurídico americano sobre o requisito idade mínima e máxima para investidura no cargo. Assim como os seus membros, o Presidente da Corte é escolhido pelo Presidente da República e submetido à aprovação do Senado.

Lawrence Baum³⁸ apresenta critérios para escolha de seus membros: “critérios objetivos de competência e ética; preferências políticas; recompensa a associados políticos e pessoais e busca de futuro apoio político”.

No Brasil, a vitaliciedade é adquirida com a posse dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, finalizando com a aposentadoria compulsória aos 75 anos (art. 2º, da Lei Complementar nº 152/2015). O Presidente e demais membros são revestidos de vitaliciedade nas condições estabelecidas pela Constituição Federal.

³⁷ MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-americana. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 2. n. 2, p. 37-61, 2001. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7210>. Acesso em: 07 abr. 2019.

³⁸ BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

Na corte americana, não há limitação de idade para a aposentadoria compulsória, devendo os juízes permanecer no cargo enquanto servem à nação. Semelhante ao STF, o Presidente da Corte e os demais juízes são revestidos de vitaliciedade. A Constituição americana veda a redução da remuneração durante a permanência no cargo (Artigo III, Seção 1, da Constituição americana).

Assim como os demais membros do Judiciário, os Ministros do Supremo Tribunal Federal possuem como garantias: a vitaliciedade (art. 95, I, CF/1988); a inamovibilidade (art. 95, II, CF/1988); e a irredutibilidade dos subsídios (art. 95, III, CF/1988).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 95, parágrafo único, incisos I a V, veda aos ministros do Supremo Tribunal Federal o exercício de outras atividades alheias ao cargo, exceto o magistério.

O mesmo ocorre na Suprema Corte. Caso o ocupante de um cargo do Legislativo ou do Executivo seja nomeado para a magistratura, apresenta renúncia. Para Bernard Schwartz,³⁹ “(...) a separação de pessoal entre Judiciário e os outros dois órgãos governamentais é completa tanto na forma quanto na substância”.

Em ambas as Cortes, a prática de crimes de responsabilidade possibilita *impeachment* e compete ao Senado Federal processar e julgar, expresso no art. 52, II, Constituição Federal de 1988 e no Artigo I, Seção 3, da Constituição americana.

Embora os Senadores não sejam juízes, valem-se de regras judiciais que atendam aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Ressalta Alexandre de Moraes⁴⁰ que “A característica mais marcante no sistema constitucional americano consiste na absoluta supremacia constitucional e em seu mecanismo de efetivação jurisdicional (*judicial review*)”, o que lhe delega competência para interpretar a Constituição Federal, com o intuito de adequar e compatibilizar as leis e os atos normativos editados pelos demais Poderes similarmente à Corte brasileira.

3.2 Das técnicas de decisão

Os juízes da Suprema Corte americana decidem as controvérsias litigiosas no exercício das competências originárias e revisam as decisões de instâncias inferiores no exercício das competências recursais. São fontes do direito e da ciência de governar (política).

³⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 36.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

Para Karen Sakalauska,⁴¹ “É por meio da tomada de decisão nesses casos que se estabelecem princípios e doutrinas que influenciam a política e o direito nacionais”. As decisões prolatadas pela Suprema Corte impactam sobre a sociedade americana, em razão do princípio da *judicial supremacy* (supremacia judicial), que traduz “o caráter final da interpretação da Constituição estabelecida pela Suprema Corte e seu efeito vinculante para os demais agentes”.

Similar à Corte americana, o Supremo Tribunal Federal é a última instância do sistema judiciário brasileiro que, no exercício de suas competências originária e recursal, desempenha jurisdição constitucional, conforme art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Há de se considerar que o contexto histórico das decisões é relevante para compreender a mudança de paradigmas no Direito Constitucional. Não foi diferente em relação à ativista Corte de Warren para embasar os seus julgados no período de 1953 a 1969.

No julgamento do caso *Lochner v. New York* (1905), a Corte invalidou leis relativas à intervenção econômica do Estado, inclusive leis de proteção dos trabalhadores, tendo em vista o liberalismo econômico que predominava no país.

Em seguida, aboliu tal postura, passando a presumir a constitucionalidade de leis de intervenção no domínio econômico, em razão das experiências na *Era Lochner* (1905-1937), e a adotar a *rational basis test* (teste de base racional) no controle de constitucionalidade.

Conforme explicita Sérgio Fernando Moro,⁴² “Para que a lei passasse neste teste bastava que fosse razoavelmente relacionada a um objetivo político válido, o que não se afigura difícil”, ou seja, era necessária a demonstração por parte do Estado ou da parte interessada na aplicação da lei de que havia nela relevante interesse público.

Todavia, no caso *Carolene Products Co. v. USA* (1938), a Suprema Corte americana ainda reconhece a presunção de constitucionalidade de todas as leis de intervenção econômica, porém, na Nota de Rodapé nº 4, o Juiz Harlan Fisk Stone⁴³ defendeu a tese de afastamento da presunção de constitucionalidade em alguns casos: “Pode existir um âmbito mais estreito para utilização da presunção

⁴¹ SAKALAUSSKA, Karen. Processo decisório na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na Suprema Corte Norte-Americana: debates teóricos e estudos de caso*. [on-line]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, p. 179. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁴² MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 38, p. 337, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁴³ STONE, 1938 *apud* MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 38, p. 338, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>. Acesso em: 27 abr. 2019.

de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas, que se consideram igualmente relacionadas na Décima-Quarta. (...).”

Se a lei afetasse os direitos fundamentais previstos nas emendas constitucionais ou as minorias religiosas, nacionais ou raciais, a Corte passaria a adotar níveis de escrutínio para aferir o grau de legitimidade do texto legislativo impugnado, afastando, assim, a presunção de constitucionalidade e passando à criteriosa revisão judicial.

Em 1953, Earl Warren assumiu a Suprema Corte Americana (*Chief of Justice*), atuando até 1969. Para ele a Corte tinha um papel importante na vida dos americanos e sua liderança conduziu ações focadas na proteção dos direitos fundamentais previstos nas treze primeiras Emendas Constitucionais e, especificamente, relacionadas ao princípio da igualdade previsto na Décima Quarta Emenda, Seção 1, da Constituição americana.⁴⁴

No período em que Warren foi Presidente, a Corte produziu, segundo Luís Roberto Barroso,⁴⁵ “jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais”. Era contrário à autocontenção judicial e a favor do ativismo judicial, diante das lacunas do processo político.

Retomando os níveis de escrutínio, vale destacar que, conforme Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto,⁴⁶ “A decisão a respeito de qual tipo de escrutínio será submetida a legislação costuma ser respaldada nos precedentes da Corte”. Ressalta-se que os Estados Unidos adotam o sistema *common law*, que protagoniza os precedentes em decorrência do princípio do *stare decisis*.

A partir do caso *Carolene Products Co. v. USA* (1938), a Corte passou a adotar padrões para o exame de constitucionalidade das leis. Manteve a presunção de constitucionalidade para as leis de intervenção econômica e adotou níveis de escrutínio para os casos de violação dos direitos fundamentais previstos nas emendas constitucionais.

⁴⁴ “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (Tradução livre. Universidade de São Paulo (USP). Constituição dos Estados Unidos da América – 1787. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constitucao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 28 abr. 2019).

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 433. (Minha Biblioteca Virtual).

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 32, p. 112, jul./set, 2015. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/164/861>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Primeiramente, o escrutínio mínimo (*minimum scrutiny*) ou o teste da racionalidade (*rational basis review*), que submete qualquer lei que passa pelo controle de constitucionalidade. O que ocorre é a deferência da Corte à legislação produzida pelo Legislativo, muito comum nas leis de matéria econômica.

Superado o teste anterior, adota-se o nível de escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*), que tem como característica “demandar que o governo prove que a lei questionada trata de um interesse importante e, mais, que existe uma relação substantiva entre tal interesse e a prescrição legal”, asseveram Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto.⁴⁷

Quanto ao nível de escrutínio estrito (*strict scrutiny*), destaque para o caso *Shapiro v. Thompson* (1969), em que algumas leis estaduais exigiam um ano de residência para concessão de benefícios sociais. A Corte as invalidou, pois entendeu que havia cerceamento do direito de liberdade de locomoção das pessoas de baixa renda, violando o direito fundamental de igualdade previsto na Décima Quarta Emenda Constitucional, Seção 1, supracitado.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto⁴⁸ explicam que o escrutínio estrito exige da autoridade demonstração de requisitos que garantam a legitimidade da Corte: “a) ela deve refletir um interesse imperioso (*compelling*); b) deve ser estabelecida sob medida (*narrowly tailored*) para atingir o interesse; c) e deve ser o meio menos restritivo (*least restrictive means*) necessário para atingir tal finalidade”. Os critérios para aplicação do nível de escrutínio estrito estabelecem parâmetros de distinções de raça, etnia, sexo e idade.

Importante destacar a decisão da Corte de Warren no caso *Brown v. Board of Education* (1954), tendo em vista que o princípio da igualdade previsto na Décima Quarta Emenda refutou a segregação racial nas escolas públicas e concedeu cidadania aos negros, permitindo-lhes estudar juntamente com os brancos.

A Suprema Corte americana havia criado o precedente “separados, mas iguais”, no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), que estabeleceu a separação entre brancos e negros no transporte ferroviário, tratando uma lei do Estado da Louisiana como constitucional mesmo diante da abolição da escravatura e da vigência das Emendas Constitucionais XIII e XIV.

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 32, p. 112, jul./set, 2015. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/164/861>. Acesso em: 28 abr. 2019.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 32, p. 114, jul./set, 2015. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/164/861>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Contudo, o Juiz Earl Warren, em seu voto no caso *Brown v. Board Education*, defendeu a tese de que “a simples segregação racial comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado”.⁴⁹

Para isso, recorreu a estudos no campo de outras ciências para afirmar que, em se tratando do desenvolvimento educacional, separar crianças negras de outras apenas por conta da raça gera “um sentimento de inferioridade de seu *status* na comunidade que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito”, sendo certo que qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de Plessy, a observação exposta é amplamente amparada pelas autoridades modernas.⁵⁰

Foi uma decisão ampla da Corte americana. Além de determinar a implantação imediata da política pública de dessegregação, estendeu o direito à educação em escolas de regime integrado, o acesso e a convivência em outros espaços públicos para negros e brancos.

Frise-se que a Suprema Corte declarou a segregação inconstitucional sob a fundamentação de que a lei violava o direito à igualdade previsto na Décima Quarta Emenda. A Corte denegou seu próprio precedente, configurando a atividade criativa do juiz no exercício da interpretação constitucional. Se a política adotada pelo Poder Público não alcançar o seu objetivo e não for de interesse público, a Corte declara a inconstitucionalidade da norma criada para tal fim e a invalida.

Em se tratando do Supremo Tribunal Federal, importante destacar uma de suas técnicas utilizadas para proferir as decisões, dentre outras tão relevantes a exemplo de modulação temporal dos efeitos, transcendência dos motivos determinantes, inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e decisões de apelo ao legislador.

Trata-se da mutação constitucional que, segundo Luís Roberto Barroso,⁵¹ é o “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”.

Definida como mutação informal, pois não segue o processo formal de emenda constitucional, decorre do caráter aberto e principiológico da Constituição, o que possibilita uma amplitude interpretativa.

⁴⁹ WARREN, 1954 *apud* MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 38, p. 342, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁵⁰ MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 38, p. 342, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/149>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 160. (Minha Biblioteca Virtual).

Luís Roberto Barroso⁵² destaca que a mutação constitucional decorre “de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”, ou seja, é dado um sentido diferente do que já fora fixado anteriormente. Há, pois, uma interpretação da norma e a ela é dada uma nova interpretação.

Nesse sentido, tornou-se orientação do Supremo Tribunal Federal o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP,⁵³ que versa sobre a sentença condenatória em segundo grau, demonstrando que a Suprema Corte vem promovendo a mutação constitucional: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”.

A matéria passou por mutação em 2009 (HC 84.078), quando o STF alterou seu entendimento sobre o início da execução penal. No julgamento do HC 126.292, foi defendida a tese de que a prisão após condenação em segundo instância não viola o princípio da presunção da inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É possível fazer um paralelo entre as duas Cortes constitucionais, considerando que, em ambas, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais permite alteração no seu aspecto material através da técnica de decisão denominada de mutação constitucional. Como consequência, os efeitos das decisões prolatadas refletem na sociedade, dando um novo direcionamento aos direitos e deveres de cada um.

4 Reflexos das decisões judiciais na promoção dos direitos fundamentais nos Estados Unidos da América e no Brasil

Percebe-se que, assim como ocorre na Corte americana, a influência das decisões do Supremo Tribunal Federal na sociedade brasileira tem respaldo na norma constitucional.

As técnicas de decisão das Cortes americana e brasileira para a seleção e julgamento de suas ações, considerando suas posições no topo do sistema judiciário de seus países, influenciam a sociedade nas relações políticas, sociais, econômicas e ambientais.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162-163. (Minha Biblioteca Virtual).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus* 126.292. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016, Processo Eletrônico DJe-023, Divulgado em 06/02/2017 e publicado em 07/02/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259119&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17 maio 2019.

Na percepção de Sérgio Fernando Moro,⁵⁴ a Corte de Warren é um Tribunal ativista que contribuiu para o fortalecimento da democracia: “A Corte de Warren prova, todavia, que algum ativismo judicial pode mostrar-se benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento”.

Ronald Dworkin⁵⁵ entende que “a Corte de Warren é fortemente marcada por uma postura ativista – que se concentra, sobretudo, na preservação dos direitos e garantias fundamentais”. Seus precedentes são conhecidos como fontes do direito e da ciência de governar. Sua influência não se deu somente na sociedade americana; alcançou, também, países que adotam o controle de constitucionalidade.

Nos Estados Unidos e no Brasil, onde a Constituição está no centro do ordenamento jurídico, as transformações na sociedade têm levado à atuação criativa do juiz. Percebe-se nas suas decisões a conexão entre vida e norma para além da aplicação da lei quando há abertura à atuação criativa judicial para concretização do Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Apesar dos limites impostos pela Constituição, do vínculo dos juízes à Lei Fundamental e da prestação de contas de suas decisões ao público em geral, a jurisdição constitucional é legítima, pois “bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco”, segundo Luís Roberto Barroso.⁵⁶

A realidade fática muda e, por conseguinte, traduz uma nova percepção do Direito. O que ocorreu nos Estados Unidos, com a decisão sobre o caso *Brown v. Board of Education*, foi uma grande transformação da sociedade e da própria legislação americana. Com sua eficácia *erga omnes*, a decisão promoveu a conquista dos direitos civis pelos negros, expandindo os direitos de igualdade através de outras leis antidiscriminatórias.

No Brasil, as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal perante as pretensões objetivas e subjetivas têm alcançado a sociedade na garantia dos seus direitos e seus precedentes têm influenciado nas relações políticas, sociais, econômicas e ambientais, em razão, muitas vezes, da omissão do Estado.

⁵⁴ MORO, Sérgio Fernando. A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 38, p. 337, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 220-234.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 28. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2019.

5 Considerações finais

A sociedade contemporânea reclama por maior efetividade dos preceitos constitucionais e garantia dos direitos fundamentais, demandando atuação mais efetiva dos juízes para além da simples aplicação da lei.

No tocante ao fenômeno da criação judicial do Direito, é notória a resistência ao reconhecimento de sua legitimidade. De fato, as críticas se dão pelo fato de os juízes não serem eleitos pelo povo, reconhecendo que somente o Executivo e o Legislativo possuem legitimidade para criar o Direito.

Contudo, o Estado Democrático de Direito consiste na efetividade dos preceitos constitucionais, na garantia dos direitos fundamentais e na supremacia de uma Constituição social, dirigente e compromissária. Defini-la como parâmetro de todo o ordenamento jurídico configura uma mudança de paradigma.

Resta claro que a participação da sociedade brasileira na redemocratização do país, a previsão constitucional de matérias programáticas e a conduta omissiva do poder estatal na implementação das políticas públicas têm contribuído para a expansão do Judiciário, culminando na crescente judicialização de questões políticas, sociais e morais.

A pesquisa demonstrou, através da doutrina e da jurisprudência, que, no contexto da jurisdição constitucional, o exercício de interpretação, aplicação e guarda da Constituição compete aos juízes, tribunais e a quem mais a norma alcançar, considerando a existência de uma sociedade aberta e pluralista na contemporaneidade.

Neste contexto, constatou-se a influência da teoria democrática, no processo de interpretação constitucional, de onde exsurge a ideia de democracia deliberativa, cuja temática pode ser objeto de novos estudos decorrentes dos resultados obtidos nesta pesquisa.

É possível ratificar, também, que os juízes possuem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Executivo e do Legislativo, promovendo a criação de um novo Direito para garantia dos direitos fundamentais.

Mesmo com a crescente judicialização, na atividade judicante permanecem o vínculo aos limites impostos pela Constituição Federal e a obrigatoriedade de prestar contas de suas decisões à sociedade.

Outro aspecto importante é o papel do Judiciário na construção da sociedade, no qual verifica a corresponsabilidade dos Poderes na implementação das políticas públicas.

Constatou-se que a atuação do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade não viola o princípio da separação dos poderes. A independência e a harmonia entre os Poderes levam à existência de um equilíbrio e não de separação

quando da intervenção de um Poder na função de outro. Há uma atuação coordenada entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário e a sociedade civil organizada, com funções específicas.

Além da doutrina, da jurisprudência e das normas que fundamentaram este trabalho, o estudo de caso foi adotado como estratégia para estreitar a relação entre teoria e prática na aplicação interpretativa do Direito.

Foi escolhida a Corte de Warren (Suprema Corte americana), em razão de ser a pioneira no controle de constitucionalidade. Uma breve análise de suas características estruturais e técnicas de decisão possibilitou conhecer o seu *modus operandi* no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Executivo e do Legislativo.

Ambas as Cortes possuem estrutura bastante similar, divergindo nos aspectos referentes ao revestimento de vitaliciedade e no requisito idade para investidura no cargo.

Quanto às técnicas de decisão, enfoque maior do estudo de caso, as decisões das duas Cortes se fazem presentes na litigância, no exercício de suas competências originárias e recursais, configurando, portanto, similaridade neste aspecto.

De fato, as decisões prolatadas por quem compete a última interpretação constitucional se refletem nas questões individuais e coletivas, no fortalecimento das instituições e na governabilidade do país, conforme a jurisprudência e os casos discorridos neste artigo.

A pesquisa possibilitou chegar à conclusão de que, nos limites impostos pela Constituição Federal, a atuação criativa e concretizadora do Direito por parte dos juízes e tribunais é favorável à democracia, vista no processo de construção da jurisprudência para a conseqüente clareza do direito e segurança jurídica.

O resultado desta pesquisa instigou questionar se os níveis de escrutínio adotados pela Suprema Corte americana seriam admissíveis no Brasil. Muito embora perceptível, através dos casos discorridos, que a interpretação constitucional é uma técnica adotada pelas duas Cortes, enseja-se a continuidade de estudos sobre a viabilidade de adoção dos níveis de escrutínio pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração se os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 são absolutos ou relativos a ponto de categorizá-los.

Vale destacar que, por motivo de delimitação de espaço, outros aspectos referentes ao objeto deste estudo foram identificados durante a pesquisa, mas não relatados, a exemplo de outras técnicas de decisão do STF, a opinião pública a respeito da sua postura, principalmente no tocante à sua deferência à legislação produzida pelo Legislativo.

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 On-line*, v. 921, p. 191-211, jul. 2012, DTR\2012\44816. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/RTDoc%2001-05-2019%2018_06%20(PM).pdf. Acesso em: 1º maio 2019.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Minha Biblioteca Virtual).

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. (Minha Biblioteca Virtual).

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP).

BRASIL. Superior Tribunal Militar (STM). *Recurso em Sentido Estrito (RSE) nº 7000710-78.2018.7.00.0000*, Relator(a): Min. Gen. Ex. Marco Antônio de Farias, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2018 e publicado em 16/11/2018. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=ementa&q=rse+70007107820187000000#. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1104823/CE*, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, Processo Eletrônico DJe-026, Divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000271201&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.312/TO*, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, Processo Eletrônico DJe-026, Divulgado em 08/02/2019 e publicado em 11/02/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000272647&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF*, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) para Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, Processo Eletrônico DJe-159 Divulgado em 06/08/2018 e publicado em 07/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339000646&ext=.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus 126.292*, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016, Processo Eletrônico DJe-023, Divulgado em 06/02/2017 e publicado em 07/02/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259119&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF*, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 1º/10/2015, Processo Eletrônico DJe-049, Divulgado em 15/03/2016 e publicado em 16/03/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6. reimp. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003. (Manuais Universitários).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 32, p. 97-123, jul./set., 2015. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/164/861>. Acesso em: 28 abr. 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. (Minha Biblioteca Virtual).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 1.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (Coleção Fora de Série) (Minha Biblioteca Virtual).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Minha Biblioteca Virtual).

MORO, Sérgio Fernando. A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 337, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>. Acesso em: 11 mar. 2019.

SAKALAUSKA, Karen. Processo decisório na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal. In: KOERNER, Andrei (Org.). *Política e direito na Suprema Corte Norte-Americana: debates teóricos e estudos de caso*. [on-line]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. A aplicação interpretativa do Direito: estudo de caso da Corte de Warren e sua influência sobre o Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 177-204, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1297.
