

The cover image shows a large, white, modern building with a prominent, curved facade and a large, white, abstract sculpture in the foreground. The sculpture is a seated figure, possibly representing a personification of justice or law, holding a long, thin object. The building is surrounded by a green lawn and a blue sky with scattered clouds. In the background, a tall, modern skyscraper is visible. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Controle de constitucionalidade: análise comparada dos modelos brasileiro e argentino e a união homoafetiva

Judicial review: compared analysis of the brazilian and argentine models and the homoafective union

Alexandre Coutinho Pagliarini

Genilma Pereira de Moura

Sumário

PARTE 1: DIAGNÓSTICO E POLÍTICAS PÚBLICAS	13
DEMOCRACIA, CRESCIMENTO E O FATOR CIVISMO	15
Hilton Manoel Dias Ribeiro e Jamille Limeira Bittencourt	
A EROÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OS VENTOS AUTORITÁRIOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	32
Diogo Bacha e Silva, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Gomes Barbosa Nogueira	
VOTO Y PROCESO ELECTORAL EXTRATERRITORIAL.....	65
Luis Guillermo Palacios Sanabria	
SAÚDE.....	80
NUDGES: A PROMISING BEHAVIORAL PUBLIC POLICY TOOL TO REDUCE VACCINE HESITANCY.....	82
Alejandro Hortal	
1 Introduction. Vaccines and behavioral public policy: a promising approach.....	83
2 Vaccine hesitancy: rates and reasons.....	86
3 Behavioral Public Health Policy: ethics, politics, and efficiency.....	92
4 Concluding remarks.....	97
References.....	98
TRANSPARÊNCIA E COVID-19: UMA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS EM RELAÇÃO À PANDEMIA NOS MUNICÍPIOS GAÚCHOS.....	104
Andressa Petry Müller e Nelson Guilherme Machado Pinto	
UMA RESPOSTA DWORKINIANA PARA A COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE COVID-19: DIREITO À SAÚDE VERSUS DIREITO DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA SOBRE PATENTES FARMACÊUTICAS.....	125
Marcelino Meleu e Aleteia Hummes Thaines	
TRABALHO.....	145
O TELETRABALHO EM PORTUGAL E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO TRABALHADOR: FORMAS ABUSIVAS DE CONTROLO E FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR.....	147
Isa António	

GÊNERO.....	160
POLICY DESIGN FOR NON-NORMATIVE GENDER IDENTITIES: THE CONSTRUCTION OF THE TRANS SUBJECT IN URUGUAY	162
Margarita María Manosalvas e Juan Camilo Rave	
UM OLHAR DE GÊNERO SOBRE AS DIRETRIZES DA POLÍTICA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO DO BRASIL	180
Daniela Alves Minuzzo e Semirames Khattar	
TRAJETÓRIAS DO MOVIMENTO FEMINISTA E A PERCEPÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E DA LEGISLAÇÃO COMO ESTRATÉGIA DE SUPERAÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO ENTRE PESQUISADORAS BRASILEIRAS	207
Talita Aline de Brito Mortale, Camila Kayssa Targino-Dutra, Juliana Garcia Vidal Rodrigues, Zysman Neiman e Sueli Aparecida Moreira	
CRIMINALIZAÇÃO DE MULHERES PELA LEI DE DROGAS NOS DISCURSOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE	228
Ithala Oliveira Souza, Ilzver de Matos Oliveira e Daniela de Andrade Souza	
DECOLONIALIDADE E CONTRA-HEGEMONIA.....	252
FUNDAMENTOS DESCOLONIAIS DOS DIREITOS HUMANOS	254
Marília Nascimento de Sousa	
PARTE 2: TEMAS GERAIS	275
A EXPANSÃO DA COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL DO STF: COLEGIALIDADE FORMAL E DÉFICIT DE DELIBERAÇÃO	277
Miguel Gualano de Godoy e Eduardo Borges Espínola Araújo	
WHY BRAZIL? WHY PETROBRAS? WHY NOT ODEBRECHT?: PATTERNS AND OUTCOMES OF THE U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT AND THE ROLE OF THE U.S. IN THE CAR WASH OPERATION	297
Maria Paula Costa Bertran e Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser	
LOGÍSTICA REVERSA DE EMBALAGENS DE PÓS-CONSUMO: ANÁLISE CRÍTICA INTERDISCIPLINAR DAS INTENÇÕES EMPRESARIAIS PROPOSTAS NO TERMO DE COMPROMISSO DO RECIRCULA PARA CUMPRIR A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....	319
Lilian Aligleri e Camila Santos Doubek Lopes	
OS DISTRITOS DE INOVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DESAFIOS, MODELOS E REGULAMENTAÇÃO	346
Carolina Mota Mourão, Eduardo Altomare Ariento e Maria Edelvacy Marinho	

GOVERNMENT'S OFFICIAL'S PROFESSIONALISM IN PUBLIC SERVICE (CASE STUDY IN LICENSING SERVICE INNOVATION IN PINRANG DISTRICT, SOUTH SULAWESI)375
Badu Ahmad, Muh. Nur Sadik e Adnan Nasution

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO NA PRÁTICA JUDICIAL: RESULTADOS DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA JULGADAS PELO TJDFE ENTRE 2015 E 2020396
Bruno Novaes de Borborema

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE COMPARADA DOS MODELOS BRASILEIRO E ARGENTINO E A UNIÃO HOMOAFETIVA 416
Alexandre Coutinho Pagliarini e Genilma Pereira de Moura

PERCEPÇÃO DOS PRODUTORES DE CACAU DO SUL DA BAHIA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CACAUCULTURA436
Synthya Torquato dos Reis, Naisy Silva Soares, Lyvia Julienne Sousa Rego, Aniram Lins Cavalcante e Geovânia Silva de Sousa

Controle de constitucionalidade: análise comparada dos modelos brasileiro e argentino e a união homoafetiva*

Judicial review: compared analysis of the brazilian and argentine models and the homoafective union

Alexandre Coutinho Pagliarini**

Genilma Pereira de Moura***

Resumo

Os direitos fundamentais também são protegidos por meio do controle de constitucionalidade, que harmoniza o sistema jurídico, vinculando a adequação de uma lei ou qualquer espécie normativa aos preceitos constitucionais. Diante dos diferentes modelos de controle judicial de constitucionalidade das leis, como “forte” ou “fraco”, “concentrado” ou “difuso”, este artigo tem por objetivo analisar o controle judicial de constitucionalidade do Brasil e da Argentina, de modo a verificar quais são os pontos em comum dos dois modelos e quais são as principais diferenças entre ambos. Para desenvolver a pesquisa, são analisados os elementos do modelo “difuso” argentino e do modelo “concentrado” brasileiro ilustrados pelo histórico do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas em ambos os países, ou seja, com base no Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina; o que permitiu verificar que, no caso argentino, além da utilização do instrumento “Amparo” na esfera do Judiciário, considerando-se o efeito inter partes, foi necessário o reconhecimento da união pelo Legislativo, e, no caso brasileiro, o reconhecimento ocorreu mediante o Supremo Tribunal Federal em razão do controle constitucional concentrado com efeito erga omnes e tendo em vista os altos custos de decisão para o Legislativo diante de um eleitorado heterogêneo.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Controle de constitucionalidade; União homoafetiva; Brasil; Argentina.

Abstract

Fundamental rights are also protected through the judicial review, which harmonizes the legal system, linking the adequacy of a law or any kind of regulation to constitutional precepts. Given the different models of judicial review, such as “strong” or “weak”, “concentrated” or “diffuse”, this article aims to analyze the judicial control of constitutionality of Brazil and Argentina, in order to verify what are the points in common of the two models and what are the main differences between them. To develop the research,

* Recebido em 03/05/2021
Aprovado em 11/10/2021

** Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER. Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês. Advogado constitucionalista e internacionalista.
E-mail: alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com.

*** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (linha de pesquisa: Jurisdição e processo na contemporaneidade). Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unibrasil. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Araucária. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica – Unifacear. Advogada.
E-mail: genilmamoura@gmail.com.

the elements of the Argentine “diffuse” model and the Brazilian “concentrated” model, illustrated by the history of legal recognition of same-sex unions in both countries, that is, from the perspective of the Brazilian Supreme Court and the Supreme Court of Justice of La Nación Argentina, which allowed us to verify that in the Argentine case, in addition to the use of the “Amparo” instrument in the sphere of the Judiciary, in view of the inter-party effect, it was necessary to recognize the union by the Legislative, and, in the Brazilian case, recognition was through the Supreme Court due to the concentrated judicial review with effect erga omnes and in view of the high costs of decision for the Legislative before a heterogeneous electorate.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Judicial review; Union homoafetiva; Brazil; Argentina.

1 Introdução

Diante da constitucionalização de diversos direitos, num cenário pós-Segunda Grande Guerra Mundial na Europa, e num período pós-ditatorial na América Latina, o Poder Judiciário tem seu papel cada vez mais estendido nas democracias contemporâneas¹. O que, também, ocorre por meio do controle judicial da constitucionalidade das leis, que tem como função principal a manutenção da supremacia da Constituição. Tal controle é considerado “forte” em países como os Estados Unidos e o Brasil, nos quais o Judiciário pode anular legislação incompatível com a Constituição. Por outro lado, também pode ocorrer de modo mais “fraco” em países como o Canadá, o Reino Unido e Nova Zelândia, nos quais há uma forma de resposta Legislativa às decisões judiciais².

Nesse cenário de expansão da atividade do Poder Judiciário, neste artigo, analisa-se o controle de constitucionalidade das leis em uma perspectiva comparada entre os modelos brasileiro e argentino, de modo a vislumbrar seus denominadores em comum e as suas peculiaridades³.

A existência de uma Constituição escrita e rígida com possibilidade de mudança apenas por processo legislativo complexo de execução e a presença de uma Corte Superior demonstra a estrutura propícia para um controle de constitucionalidade nos dois países. O Brasil adota o modelo difuso norte-americano e o modelo europeu de controle abstrato, enquanto a Argentina adota, apenas, o modelo difuso.

Dessa forma, a fim de atingir o objetivo proposto, utilizam-se as técnicas de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Também se realiza estudo de caso relativo ao reconhecimento jurídico da união estável e/ou casamento de pessoas do mesmo sexo na Argentina e no Brasil, tendo em vista que o reconhecimento de tais uniões reflete as diferenças existentes no controle de constitucionalidade de ambos os países.

¹ Identificou seis cenários do pós Segunda Grande Guerra Mundial, e estes ilustraram o papel do Poder Judiciário e das constituições. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts, EUA: Harvard University Press, 2007. p. 7-8.

² Nesse sentido, verificar o estudo sobre países de modelo fraco de controle de constitucionalidade. GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

³ Para Ivo Dantas, em estudo de Direito Comparado, é necessário ressaltar duas observações: 1) não é o Direito Comparado que terá funções práticas. Suas conclusões são que serão utilizadas por legisladores, magistrados, advogados, etc., para melhor regular os fatos sociais de determinada sociedade; 2) ao falar em universalização não está afirmando a possibilidade de transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem considerar os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos. Contudo, é necessário por outro lado, “uma das características do mundo contemporâneo, qual seja, a difusão de soluções jurídicas cada vez mais aproximada pelos diversos Estados, fenômeno esse denominado de Recepção Legislativa”. DANTAS, Ivo. *Direito comparado como ciência*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/241> Acesso em: 21 set. 2021.

^{Ainda}, cabe ressaltar que para Otto Pfersmann a questão sobre o acesso das pessoas ao juiz constitucional é um dos assuntos mais amargamente debatidos em política constitucional. Contudo, é o menos estudado em Direito Comparado. PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

Quanto ao método, utiliza-se tanto o dedutivo como o comparado, cujo vetor de comparação é o modelo/desenho institucional do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário em cada um dos países e as decisões de reconhecimento da união homoafetiva.

2 Controle judicial de constitucionalidade como garantia de supremacia constitucional

A ideia de supremacia constitucional, adotada pelos Estados Unidos, é compartilhada por vários países, entre eles Brasil e Argentina, principalmente na metade do século XX, com a preocupação mundial em relação à proteção dos direitos humanos. Muitos países adotam declarações de direitos fundamentais que constituem parâmetros para o controle de constitucionalidade. Até mesmo países com tradição *common law* adotaram instrumentos de direitos fundamentais como norte para o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos pelos Tribunais.

Tem-se, nesse sentido, a ideia de supremacia da Constituição e não do Parlamento, como na Inglaterra, a Constituição é a Carta Suprema que representará a vontade do povo, diferentemente das leis que representam a vontade dos seus representantes⁴.

Assim, para Marinoni, o controle de constitucionalidade estadunidense significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura com o modelo inglês, ao controlar a legitimidade dos atos da colônia em relação ao direito inglês. O Princípio da Supremacia do Parlamento, na Inglaterra, diferentemente da França, que significou a supremacia da lei sobre o juiz, representou a supremacia do direito sobre o poder real e “sobre as próprias leis, inclusive as das colônias”⁵.

A Constituição americana não descreve a previsão do *judicial review*, tampouco a competência da Suprema Corte para realizá-lo. Contudo, tal direito foi constituído pela decisão do caso *Marbury v. Madison*⁶ em 1803. A partir deste momento a Suprema Corte passa a ser aceita como legítima para o *judicial review*.

A jurisdição constitucional passa a ser vinculada, de forma mais contundente, como recurso para a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição mediante, entre outros, o controle

⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 41, 76.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 36.

⁶ No ano de 1801, John Adam, o presidente do país na época, estava chegando ao fim de seu mandato e indicou alguns juízes que eram aliados ao seu partido para ocupar cargos disponíveis no judiciário federal, e dentre os indicados encontrava-se William Marbury. Ocorreu que não houve tempo hábil para Marbury iniciar no novo cargo, pois Thomas Jefferson que era em tese contra John Adams politicamente, tomou posse como presidente, nomeando James Madison como Secretário de Estado. Madison, quando analisou a situação das nomeações realizadas por Adam, percebeu que a maioria dos juízes não tinham recebido a carta de nomeação e, por essa razão, resolveu cancelar o ato do ex-presidente, pois o ato não estaria completo. Marbury, não conformado com a decisão de Madison, protocolou um pedido na Suprema Corte, writ of mandamus, previsto no Judiciary Act, para que as nomeações do ex-presidente fossem mantidas pelo novo presidente, pois acreditava que havia um direito potestativo de se tornar um magistrado. Assim o nome do caso: Marbury vs. Madison. O Executivo foi citado para que apresentasse defesa, porém nada fez. John Marshall, que já havia sido Secretário de Estado no governo de Adam, e, nesse momento, ocupava o cargo de presidente da Suprema Corte, se viu em uma situação completamente difícil de se resolver. Se ordenasse que Jefferson impossasse Marbury, não teria como implementar o comando; a Suprema Corte seria desmoralizada. Se desse razão a Jefferson, sem que ele tivesse se defendido, pareceria temeroso, fraco; a Suprema Corte sairia da contenda desmoralizada também. Então, em 1803, Marshall, com sua grande habilidade, reconheceu que Marbury tinha direito à nomeação da magistratura, uma vez que tratava de preencher interesse público. Contudo, ainda fundamentou sua decisão de que o dispositivo que Marbury utilizou para fundamentar seu pedido, tratava-se de dispositivo inconstitucional, ou seja, era nulo, portanto, a Suprema Corte não tinha legitimidade para apreciar o pedido de Marbury. Na interpretação de Marbury, o Judiciary Act não se encontrava de acordo com a Constituição, e, como Marshall entendia pela hierarquia das normas constitucionais, as normas infralegais que não estivessem em consonância com a Constituição não teriam validade, logo, declarou o artigo do Judiciary Act que Marbury utilizou, como inconstitucional, realizando, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade e o primeiro precedente nos Estados Unidos.

de constitucionalidade. Este permite a verificação da adequação de uma lei ou qualquer espécie normativa, tomando como base os preceitos da Constituição que afirma sua supremacia como lei maior e fundamento do ordenamento jurídico.

2.1 O modelo de controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil

Primeiramente, destaca-se que a Jurisdição é um poder-função-dever do Estado, que, autorizado pela Constituição, atribui a juízes e tribunais poderes para resolução dos litígios que lhe são submetidos a julgamento, com o intuito de tornar eficaz a lei e o Direito. Nesse sentido, Chiovenda assegura que a jurisdição é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”⁷.

Importante enfatizar que a Teoria da Separação de poderes foi concebida por Montesquieu no livro *o Espírito das Leis*, publicado em 1748, com o intuito da separação de funções do Estado. Montesquieu afirma não poder existir liberdade quando os poderes legislativo e executivo estão unidos na mesma pessoa, ou se o poder de julgar não for independente dos poderes legislativos e executivos. Além disso, segundo ele, quando todo o poder de um braço é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estão violados. Assegura que, se o Poder Judiciário “[...] estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”⁸. E, ainda, Vanessa Lenhard explica que Montesquieu, além de separar as funções do Estado em órgãos diferentes, também se preocupou em criar um sistema com um controle recíproco entre os mesmos, de modo a impedir que algum dos poderes se tornasse despótico⁹.

A jurisdição constitucional, por sua vez, diz respeito à concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e ao acesso à justiça, por meio de remédios constitucionais tais como a Ação Popular, o Mandado de Segurança etc. Também realiza o controle de constitucionalidade, que permite a verificação da adequação de uma lei ou qualquer espécie normativa, tomando como base os preceitos da Constituição. Tem como função principal a manutenção da supremacia da Constituição, Lei que é fundamento do ordenamento jurídico.

Acerca da história do controle de constitucionalidade, surgiu, em sua versão original, no sistema judiciário norte-americano, com o célebre caso *Marbury versus Madison*. E, antes mesmo de tal caso, alguns argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário podem ser encontrados desde a obra “O Federalista”, especialmente no ensaio de n. 78 do autor Alexander Hamilton, e, posteriormente, no seu ensaio n. 81, no qual prossegue com a sua defesa da Constituição, remetendo sua guarda para o Judiciário e combatendo o argumento da soberania do Parlamento.

Embora a proposição, contida no item 78 não tenha sido acolhida de maneira expressa na Constituição norte-americana, verifica-se que a Teoria de Hamilton foi aceita pelo juiz Marshall a respeito da decisão de *Marbury vs. Madison*. Na ocasião, o juiz Marshall fixou o *judicial review* nos Estados Unidos, sendo uma lei declarada inconstitucional, apesar do afastamento da decisão do caso concreto. Na decisão, ele enunciou os três grandes fundamentos que comumente justificam o controle judicial de constitucionalidade até hoje: a) a supremacia da Constituição; b) a nulidade da lei que contrarie a Constituição: um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo; e c) é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição. Para Marshall,

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2. p. 3.

⁸ MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168-169.

⁹ LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da política e divisão de poderes no estado democrático de direito: a jurisdição constitucional como quarto poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2006. p.35-36.

a nulidade da lei inconstitucional é uma decorrência lógica da supremacia da Constituição sobre as demais leis¹⁰.

E, além do modelo norte-americano, também se destaca o modelo europeu de controle de constitucionalidade. Em 1920, na Constituição austríaca, foi criado o Tribunal Constitucional com a competência de solucionar as controvérsias constitucionais, nascia o controle abstrato de constitucionalidade com o objetivo de anular a lei contrária à Constituição. Destaca-se que Hans Kelsen defendeu a criação de um órgão jurisdicional — a Corte Constitucional — como sendo o único adequado para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo¹¹, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” com o intuito de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder que se estendeu posteriormente a várias Constituições europeias. Dentre as várias técnicas possíveis de controle preventivo e repressivo, Kelsen afirma que “a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”¹². Kelsen estabelece a jurisdição constitucional como competência exclusiva de um Tribunal Constitucional, órgão que seria independente dos demais poderes estatais. Havia a necessidade de se criar um órgão diferente e independente, encarregado de efetuar a anulação dos atos inconstitucionais — isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

No Brasil, uma primeira nuance do controle de constitucionalidade ocorreu por meio do Decreto n. 510 de junho de 1890. No mesmo ano, por meio do Decreto n. 848, houve a autorização do Supremo Tribunal Federal para julgar, em grau de recurso e em última instância, matérias constitucionais. Ainda, pela Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, dispôs-se, em seu art. 13, § 10, previsão segundo a qual os juízes e tribunais apreciariam a validade das leis e regulamentos deixando de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição¹³.

Porém, pode-se verificar — de forma direta — a existência do controle de constitucionalidade com base na Constituição de 1891¹⁴, tendo suas origens vinculadas às ideias de Ruy Barbosa¹⁵. Na Constituição de 1891, implementou-se o *judicial review* norte-americano no sentido de possibilitar a cada juiz ou tribunal (mediante possibilidade de recurso ao STF em caráter extraordinário), não aplicar a lei ou ato normativo contrário à Constituição, provocando o rompimento definitivo com a tradição de um controle político exercido pelo próprio Legislativo¹⁶. Acerca do controle e a postura de autocontenção do Tribunal à época de vigência da Constituição em comento, Katya Kozicki e Eduardo Borges Araujo apontam que:

A influência norte-americana far-se-ia presente também no princípio da separação dos poderes. A Constituição de 1891, em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si. Adotando uma linha de autocontenção, a Corte hesitaria em exercer a revisão judicial e, assim, pretenderia não interferir sobre as ações dos demais poderes. A autocontenção judicial, contrária ao ativismo judicial, revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas pelo menos até 1988. Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-

¹⁰ HAMILTON, Alexander. Considerações sobre a ordem judiciária, em quanto a distribuição dos poderes: os federalistas. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Companhia, 1840.

¹¹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.8.

¹² KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.148-150.

¹³ LEAL, Saul Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno. São Paulo: Impetus, 2014. p. 166.

¹⁴ “Foi com base no modelo americano que a Constituição brasileira de 1891 adotou o federalismo e o presidencialismo influenciado, principalmente, por Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, que foi o redator final do anteprojeto elaborado pela Comissão dos Cinco instituída pelo Governo Provisório. O federalismo adotado teve como base a corrente unionista defendida por Ruy Barbosa, que defendia o predomínio da União na gestão do poder da República. Tem-se a criação do STF, cujos magistrados eram livremente nomeados pelo residente e sabatinados pelo Senado”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 238-239.

¹⁵ BARBOSA, Ruy. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 239.

se da discussão sobre políticas públicas. Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções¹⁷.

No entanto, com a Constituição de 1934, se conclui pela direção de um modelo concretado mais significativo. O texto constitucional previa mecanismos de intervenção da União sobre os Estados quando violados os denominados “princípios constitucionais sensíveis” do seu artigo 7º, I, “a” a “h”. De forma contínua, a Emenda Constitucional n. 16, de 1965 inseriu, na Constituição de 1946, a representação de inconstitucionalidade, a qual era o meio adequado a instar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, fosse federal ou estadual. Desse modo, a Emenda implantou o controle abstrato. O alcance material da ação seria ampliado, tutelando tanto princípios sensíveis como direitos objetivos¹⁸.

Já a Constituição brasileira de 1988 alargou a titularidade e o escopo do direito de ação ao Supremo, sendo considerada como “super-rígida”. Alexandre Pagliarini afirma que a alteração de suas normas somente acontecerá por meio de processo legislativo mais complexo de execução do que aquele para alteração da lei infraconstitucional, lembrando, ainda, a existência das cláusulas pétreas e o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição¹⁹. E, além do controle concentrado, de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, cujas decisões possuem efeito *erga omnes*, há o controle difuso, que é caracterizado pelo poder dado a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição, cujo efeito das decisões é *inter partes*.

O texto constitucional abarca, no seu artigo 103, sete atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade²⁰, ou seja, para provocarem o controle concentrado. A Constituição criou, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, voltados para a resolução de condutas do legislador que fossem omissivas e colocassem em risco a efetividade das normas constitucionais. Foi instituído, ainda, de forma subsidiária, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de reparar ou evitar lesão resultante de ato do Poder Público.

O controle concentrado-abstrato se dá por meio de ações específicas, quais sejam: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI ou ADIn (art. 102, inc. I, a, CF/88); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, inc. III, CF/88); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, § 2º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, inc. I, a, in fine, CF/88); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

Os moldes de desenvolvimento da separação dos poderes em um Estado Democrático do século XXI é bem diferente da estrutura e organização do Estado liberal dos finais do século XVIII, mas, no essencial, tal como outrora, não há, atualmente, estado de direito sem separação de poderes. As escolhas constitucionais não são sempre as mesmas, direitos fundamentais e separação de poderes variam de país para país, mas a ideia de Constituição e de Estado de Direito continuam a ser, exatamente, a mesma que nasceu nas revoluções liberais do final do século XVIII e que se alastrou, nos séculos seguintes, a todo o mundo, como

¹⁷ ARAUJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katia. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Revista Sequencial, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015. p. 110.

¹⁸ ARAUJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katia. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Revista Sequencial, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015. p. 111.

¹⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Constituição e direito internacional: cedências no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 76.

²⁰ Pelo art. 103, “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

afirma Jorge Reis Novais²¹. O elenco dos direitos fundamentais, presente na Constituição brasileira ou na dos Estados Unidos da América (ou Argentina), é diferenciado, mas, em todas essas ordens constitucionais, os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição e há um poder judicial independente e uma justiça constitucional que velam pela observância desses direitos por parte dos poderes públicos.

2.2 O modelo de controle judicial de constitucionalidade na Argentina

O sistema de controle de constitucionalidade da Argentina foi pautado no modelo norte-americano mencionado no tópico anterior. A Argentina possui uma Constituição suprema e rígida, adota a forma republicana, representativa e federal conforme o artigo 1º da sua Constituição de 1994²². Nesse contexto, Amaya afirma que a República Argentina é um Estado Federal, com uma Constituição rígida, nos termos do artigo 122, da Constituição, aduzindo que “*sus arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, establecen el principio de supremacia constitucional el orden jerárquico del derecho positivo argentino*”²³.

A história do direito constitucional argentino é peculiar, pois a Argentina teve sua primeira Constituição, como país independente, em 1853 e com um texto, na sua maior parte, mantido durante as reformas, até o ano de 1994. Contudo, durante esses períodos, a sua aplicabilidade foi restringida por diversas situações, inclusive durante o período ditatorial.

De 1887 a 1994, a Suprema Corte Argentina desenvolveu um sistema desconcentrado de controle judicial no qual todos os níveis do judiciário federal e estadual poderiam determinar a constitucionalidade da legislação federal e provincial. Apenas com a reforma constitucional de 1994, o controle judicial foi tratado com o instituto “Amparo”²⁴.

O texto constitucional argentino não prevê, de forma explícita e direta, o controle de constitucionalidade e, nos mesmos moldes do que ocorreu nos Estados Unidos, foi a jurisprudência que consagrou esse controle. Há quem destaque como pioneiro no assunto o julgamento da *Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina* no caso *Cafarena x Banco Argentino del Rosario de Santa Fé*. Contudo, alguns autores afirmam que foi o caso Eduardo Sojo o marco de incorporação formal do controle difuso²⁵.

Com isso tem-se um controle de constitucionalidade difuso, com caráter repressivo, ou seja, realizado *a posteriori*, possuindo efeito apenas entre as partes que compõem o litígio. O controle difuso é exercido por qualquer juiz dentro dos litígios sob sua competência, sem prejuízo de chegar à Corte Suprema, como tribunal último, pela via recursal²⁶. Importante ressaltar que a Argentina não possui um controle concentrado de constitucionalidade, como o existente no Brasil, por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Referida questão é sintetizada por Veloso:

criado pretorariamente pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, o controle da constitucionalidade

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional. São Paulo: Almedina, 2014. p. 23-24.

²² No idioma original: “Artículo 1o.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, segun la establece la presente Constitucion” (Constitucion La Nacion Argentina). [...]”

²³ “Artículo 31o.- Esta Constitucion, las leyes de la Nacion que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nacion; y las autoridades de cada provincia estan obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposicion em contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados despues del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

²⁴ AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. p.123.

²⁵ ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 159-186, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45131/45053> Acesso em: 01 set. 2020. p.171-172.

²⁶ CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Controle de Constitucionalidade no Brasil e Argentina – As origens e influências do Controle de Constitucionalidade sob uma Perspectiva Comparada. Revista Jurídica, v. 04, n.º 49, Curitiba, 2017. p. 433.

²⁶ ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 159-186, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45131/45053> Acesso em: 01 set. 2020. p. 172.

argentino é judicial e difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal — federal ou provincial —, tendo a decisão eficácia inter partes e não erga omnes, podendo a Corte Suprema resolver definitivamente a controvérsia, através de recurso extraordinário, mas a sentença só declara a inconstitucionalidade da lei — e sua respectiva inaplicação — com relação à questão sub judice, não tendo efeito geral, nem força vinculante²⁷.

Nesse contexto, também se destaca o artigo 116²⁸ da Constituição da Argentina, que trata das atribuições do Poder Judiciário, no sentido de que todo órgão judicial tem competência de afastar a lei ou ato avesso à Constituição. Já no artigo 43²⁹ da mesma Carta apresenta como remédio constitucional a medida “Amparo” que possui uma utilização ampla em várias dimensões. Ao contrário do Brasil, que possui um remédio constitucional para cada determinada situação específica, o remédio “Amparo” pode ser utilizado por qualquer pessoa sempre que não existir outro meio judicial mais idôneo contra todo ato ou norma que viole direitos ou garantias reconhecidas pela Constituição.

Sobre o exercício do controle de constitucionalidade, Amaya assegura que ocorre com as seguintes características:

- 1 - É judicial e difuso, pois o controle da constitucionalidade pode ser realizado por todos os membros do Poder Judiciário. Qualquer juiz, qualquer jurisdição e competência, tem o poder de verificar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes do Estado;
- 2- O mais alto tribunal do país é o Supremo Tribunal de Justiça da Nação, que tem competência original (art. 117, Constituição Nacional), por recurso ordinário (art. 116), e por recurso extraordinário. Embora a doutrina da súmula obrigatória não se aplique, o Supremo Tribunal Federal decidiu dar efeito vinculante à sua jurisprudência, formando uma regra de direito constitucional consuetudinário [...].
- 3- Como no modelo americano, aplica-se a noção de “causa”, ou seja, os juízes só podem decidir dentro do contexto do litígio perante eles, entre duas partes antagônicas com demandas conflitantes^{30 31}.

²⁷ VELOSO, Zenó. Controle jurisdiccional de constitucionalidade. Belém: Cejup, 1999. p. 41.

²⁸ “Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferior de la Nación, el conocimiento y decision de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitucion, y por las leyes de la Nacion, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros publicos y consules extranjeros; de las causas de almirantazgo o jurisdiccion marítima; de los asuntos en que la Nacion sea parte; de las causas que se susciten entre dos o mas provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

²⁹ “Artículo 43o.- Toda persona puede interponer accion expedita y rapida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idoneo, contra todo acto u omision de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidade manifiesta, derechos y garantias reconocidos por esta Constitucion, un tratado o una ley. En el caso, el juez podra declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omision lesiva.

^{Podran} interponer esta accion contra cualquier forma de discriminacion y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, asi como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organizacion.

^{Toda} persona podra interponer esta accion para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos publicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminacion, para exigir la supresion, rectificacion, confidencialidad o actualizacion de aquellos. No podra afectarse el secreto de las fuentes de informacion periodistica.

^{Cuando} el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad fisica, o, en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detencion, o en el de desaparicion forzada de personas, la accion de habeas corpus podra ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolvera de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

³⁰ No idioma original: “1 - Es judicial y difuso, pues el control de constitucionalidad se deposita en cabeza de todos los miembros del Poder Judicial. Cualquier juez, cualquier jurisdicción y competencia, posee la facultad de control de constitucionalidade de los actos de los otros poderes del Estado”.

² “El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tiene competencia originaria (art. 117, Const. Nacional), por apelación ordinaria (art. 116), y por apelación extraordinaria. Si bien no rige la doctrina del precedente obligatorio, la Corte Suprema há decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinário.[...]”

³ “Al igual que en el modelo estadounidense, rige la noción de “causa”; es decir que los jueces sólo pueden pronunciarse dentro de los litigios que tramiten ante ellos, entre dos partes antagónicas con pretensiones encontradas.”

³¹ AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 124-125.

Segundo Rossen, a Argentina possui um conceito de precedentes não vinculantes. As leis declaradas como inconstitucionais permanecem vigentes, mas são tratadas como imponíveis³².

Não menos importante, além do remédio Amparo, há, ainda, no ordenamento do país, a “*Accion Meramente Declarativa*”, prevista no art. 322 do Código Processual Civil e Comercial, com a qual é possível se obter uma sentença declarativa de inconstitucionalidade de normas gerais, como se deduz da leitura do referido dispositivo:

Artigo 322.- Uma ação tendente à obtenção de uma sentença meramente declaratória pode ser deduzida para cessar um estado de incerteza quanto à existência, escopo ou modalidades de uma relação jurídica, desde que tal falta de certeza possa levar a dano ou prejuízo real ao ator e o ator não tenha outros meios legais de encerrar imediatamente a relação. O juiz decidirá ex officio e como primeiro passo, se o procedimento solicitado pelo requerente é adequado, levando em conta a natureza da questão e as provas oferecidas. Modificado por: LEI 25488 Art.2 ((B.O. 22-11-2001). Artigo substituto)³³.

O artigo 43 da Constituição da Argentina tem gerado várias interpretações doutrinárias diferentes ao especificar que o uso do “Amparo” deve ocorrer quando não existir outro recurso judicial mais adequado. Uma primeira corrente enfatiza o perfil subsidiário que, tradicionalmente, a jurisprudência dos tribunais havia lhe atribuído e que de certa forma foi formalizado no artigo. Uma segunda corrente, totalmente oposta, informa que se trata de um mecanismo alternativo principal e não subsidiário. Uma terceira corrente, eclética, refere-se a tratar de uma questão semântica na conclusão de que a ação mantém caráter subsidiário e não suplementar.

Quanto à essa questão Carnota afirma que:

Por sua vez, o artigo 43 argentino permite a viabilidade do amparo “desde que não haja outra solução judicial mais adequada”. Isto tem sido sujeito a diferentes interpretações científicas. Uma primeira escola de pensamento, na qual podemos colocar Néstor Pedro Sagüés, pode ser encontrada nos debates ocorridos na Assembléia Constituinte de Santa Fe-Paraná em 1994, e enfatiza o perfil subsidiário que a jurisprudência dos tribunais argentinos tradicionalmente atribuía a amparo, e que de alguma forma encontrou expressão formal no artigo 2(a) da Lei n° 16.986. Uma corrente completamente oposta à anterior, liderada pela Morello, acredita que o amparo é um mecanismo principal e alternativo e não uma forma subsidiária ou vassala de qualquer outra. Uma posição eclética, finalmente, que é a de Germán Bidart Campos, refere-se a um jogo quase semântico ao concluir que a ação mantém “seu caráter subsidiário, não complementar a outras formas”. Acrescente-se que a Suprema Corte está orientada para uma análise casuística e concreta da subsidiariedade, conforme expressa em sua decisão no caso “Video Club Dreams”, em 1995³⁴ ³⁵.

³² ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 159-186, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45131/45053> Acesso em: 01 set. 2020. p. 172.

³³ No idioma original, “Artículo 322.- Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida. Modificado por: LEY 25488 Art.2 ((B.O. 22-11-2001). artículo sustituido)”.

³⁴ No idioma original: “Por su parte, el artículo 43 argentino permite la viabilidad del amparo “siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo”. Ello ha sido susceptible de disímiles interpretaciones científicas. Una primera escuela de pensamiento, en la que podemos ubicar a Néstor Pedro Sagüés, se ubica en los debates producidos en el seno de la Asamblea Constituyente de Santa Fe-Paraná de 1994, y enfatiza el perfil subsidiario que tradicionalmente la jurisprudencia de los tribunales argentinos le había asignado al amparo, y que de algún modo encontraba expresión formal en el artículo 2o., inciso a) de la ley 16.986. Una corriente completamente contrapuesta a la anterior, capitaneada por Morello, cree ver en el amparo a un mecanismo principal, alternativo y no subsidiario ni vasallo de ningún otro. Una postura eclética, en fin, que es la de Germán Bidart Campos, remite a un juego casi semántico al concluir que la acción mantiene “su carácter subsidiario, no supletorio de otras vías”. Cabe agregar que la Corte Suprema se orienta a un análisis casuista y concreto de la subsidiariedad, tal como lo expresó al fallar la causa “Video Club Dreams” en 1995.”

³⁵ CARNOTA, Walter F. Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos Argentino y español. Cuestiones Constitucionales, n. 9, p. 55-65, jul./dez., 2003. p. 61. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500902.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

Assim, depreende-se pela inclinação da Corte Suprema pela independência da medida a outro processo judicial ou administrativo, na medida em que o próprio art. 43 que instituiu a medida o reconhece como subsidiário, bem como pela ampliação dos meios de proteção judicial dos direitos.

A Argentina, mesmo não possuindo um sistema de precedentes, busca conferir efeito vinculante a suas decisões por meio de construção jurisprudencial. Além disso, o sistema difuso existente na Argentina vem sendo alvo de muita crítica por meio da doutrina que realiza uma análise comparada com os diversos outros sistemas de controle de constitucionalidade na América Latina e na Europa, defendendo a necessidade de existir o controle concentrado. Inclusive, nesse contexto, devido à ausência do controle abstrato e preventivo, verifica-se a grande valorização de um controle de convencionalidade como medida alternativa para aplicação, nos casos concretos, dos tratados internacionais como meio de solução dos conflitos³⁶.

3 A união entre pessoas do mesmo sexo segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Historicamente, o reconhecimento jurídico da união estável ou do casamento que envolva a união entre pessoas do mesmo sexo foi temática controversa e objeto de grande polêmica no Brasil e na Argentina. Diante de tais fatos, analisa-se o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a *Corte Suprema de Justicia De La Nación Argentina*.

A Argentina foi o primeiro país a permitir a união civil entre pessoas do mesmo sexo na América Latina em 2003. No entanto, a regulamentação foi feita mediante criação legislativa. Em 14 de julho de 2010, o Senado iniciou a sessão para discussão do tema. Após um longo e caloroso debate, a lei foi aprovada por 33 votos a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 21 de julho de 2010, foi sancionada pela presidente Cristina Kirchner.

A Lei n. 26.618 de 2010 substituiu trecho do artigo argentino, que declarava a validade do casamento apenas quando realizado entre “homem e mulher”, passando a valer a expressão “contraentes”, viabilizando a união entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, o novo Código Civil e Comercial da Nação, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2015, declara:

Nenhuma regra pode ser interpretada ou aplicada para limitar, restringir, excluir ou suprimir a igualdade de direitos e obrigações dos membros de um casamento, e seus efeitos, sejam eles constituídos por duas pessoas de sexo diferente ou igual³⁷.

A aprovação da Lei n. 26.618 foi resultado das lutas travadas pelos movimentos de diversidade sexual, que também se utilizavam do mecanismo “Amparo” no Judiciário, alegando a inconstitucionalidade da negação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

De forma paralela à estratégia judicial, houve a iniciativa de vários projetos de lei, propondo a modificação do Código Civil. Em março de 2010, as Comissões Legislativas da Câmara dos Deputados da Nação — Comissão de Legislação Geral e Família, Infância e Adolescência — decidiram realizar reuniões conjuntas para a discussão dos projetos apresentados para a modificação do Código Civil no tocante a instituição de casamento para pessoas do mesmo sexo, apresentado pelo deputado Vilma Ibarra (e outros – Processo

³⁶ CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Controle de Constitucionalidade no Brasil e Argentina – As origens e influências do Controle de Constitucionalidade sob uma Perspectiva Comparada. Revista Jurídica, v. 04, n° 49, Curitiba, 2017. p. 436.

³⁷ No idioma original: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.”

0574-D-2010) e “em relação aos direitos das relações familiares, incluindo casais do mesmo sexo”, apresentado pela deputada Silvia Augsburguer (e outros -Arquivo 1737-D-2009).

Em 15 de abril de 2010, foi realizada a reunião em que os comitês legislativos emitem um parecer com maioria de sete votos que aconselha a aprovação do projeto e resume as propostas discutidas:

Os membros de famílias cuja origem seja um casamento constituído por duas pessoas do mesmo sexo, bem como um casamento constituído por duas pessoas de sexo diferente, terão os mesmos direitos e obrigações. Nenhuma disposição do ordenamento jurídico argentino pode ser interpretada ou aplicada de forma a limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício ou gozo dos mesmos direitos e obrigações, tanto a um casamento constituído por pessoas do mesmo sexo como a um casamento constituído por duas pessoas de sexo diferente (HCDN, Parecer de Comitês de Arquivos 1737D09-0574D10, 2010, 15 de abril)^{38 39}.

A emissão do parecer permitiu a entrada do projeto na Câmara dos Deputados, em que seguiu as seguintes fases⁴⁰:

- 1) em 4 de maio de 2010 é debatido e obtém meia penalidade.2) Em 6 de maio, o projeto entra na Comissão Geral de Legislação do Senado Nacional (CLGSN) (Arquivo nº 13/10).
- 3) Após um período de reuniões, em 6 de julho, o CLGSN vota uma opinião majoritária que aconselha a rejeição do projeto (com meia sanção nos Deputados) juntamente com uma série de opiniões minoritárias, sendo uma referente à aprovação do texto proveniente de deputados e outro grupo de projetos alternativos que aconselham o tratamento de uma lei que regula os institutos da união civil.
- 4) Finalmente, a sessão no Senado é realizada em 14 de julho e, após amplo debate, o projeto se torna lei publicado no Diário Oficial nº 31.949 de 22 de julho de 2010.

Todas as fases foram precedidas de grandes reivindicações e protestos, principalmente das igrejas católica e evangélica. A maioria das intervenções feitas na câmara dos Deputados e no Senado diziam respeito às questões de preferências e atribuições ou identidades relacionadas à religião (sendo a maioria tratava-se da religião católica)⁴¹.

Para a aprovação da matéria de autorização do casamento de pessoas do mesmo sexo, os movimentos utilizaram-se do controle jurisdicional de constitucionalidade feito mediante o “Amparo”, com o intuito de dar notoriedade ao tema e justificar a necessidade de lei tratando a matéria e, conseqüentemente, reconhecendo o casamento homoafetivo. Os casais que pretendiam formalizar a união acionavam o Judiciário, invocando a inconstitucionalidade da legislação vigente e solicitando sentença favorável ao casamento e seus reflexos perante a vida civil. Em vários processos, os juízes, realizando o controle difuso, no caso concreto, declaravam a inconstitucionalidade da lei reconhecendo a união homoafetiva.

³⁸ No original: “[...] Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por dos personas de distinto sexo tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo (HCDN, Dictamen de Comisiones sobre expedientes 1737D09-0574D10, 2010, 15 de abril)”.

³⁹ RUATA, María Candelaria Sgró. Regulación (legal) de la sexualidade: el ingreso de lo religioso en las intervenciones de oposición al matrimonio igualitario en el parlamento argentino. Sociologias, Porto Alegre, v. 19, n. 44, p. 248-274, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222017000100248&lng=en&nrm=iso Acesso em: 4 out. 2020.

⁴⁰ RUATA, María Candelaria Sgró. Regulación (legal) de la sexualidade: el ingreso de lo religioso en las intervenciones de oposición al matrimonio igualitario en el parlamento argentino. Sociologias, Porto Alegre, v. 19, n. 44, p. 248-274, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222017000100248&lng=en&nrm=iso Acesso em: 4 out. 2020.

⁴¹ RUATA, María Candelaria Sgró. Regulación (legal) de la sexualidade: el ingreso de lo religioso en las intervenciones de oposición al matrimonio igualitario en el parlamento argentino. Sociologias, Porto Alegre, v. 19, n. 44, p. 248-274, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222017000100248&lng=en&nrm=iso Acesso em: 4 out. 2020.

Pela ausência do controle de constitucionalidade abstrato, com efeito *erga omnes*, a solução, no sentido de reconhecer o casamento para as pessoas do mesmo sexo, estava submetida à modificação da lei pelo Poder Legislativo ou o país teria de continuar tratando caso a caso mediante ação própria no Judiciário.

Já no Brasil, como retrato do controle abstrato de constitucionalidade, tem-se a matéria regulamentada mediante a decisão do STF, em 05 de maio de 2011, que equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. Ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, tem-se o reconhecimento, com eficácia *erga omnes*, da inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico, aplicando-se à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras da união estável heteroafetiva⁴².

Na ementa do acórdão, é possível constatar a proteção dos princípios da igualdade e da liberdade. O Ministro Ayres Britto, relator do caso, assegura a liberdade para dispor da própria sexualidade como direito fundamental que decorre da autonomia de vontade, direito à intimidade e à vida privada. A igualdade foi reconhecida ao se entender que o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fato de desigualação jurídica. Os casais homoafetivos devem ser tratados, de forma isonômica, aos casais heteroafetivos, reconhecendo o direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, ressaltando que a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com pleito liminar, que envolvia a interpretação de determinados dispositivos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, os quais violariam os direitos de pessoas em relações homoafetivas, tais como licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhamento de cônjuge, bem como previdência e assistência social, dentre outros⁴³.

No curso da ação, o Ministro relator admitiu a participação de quatorze *amici curiae*, devido à profundidade dos debates e a complexidade do caso, dentre os admitidos, figuraram o Conectas Direitos Humanos, o Escritório de Direitos Humanos do Estado De Minas Gerais, o GGB – Grupo Gay Da Bahia, o Instituto De Bioética, o Direitos Humanos E Gênero, o Grupo De Estudos Em Direito Internacional Da Universidade Federal De Minas Gerais, o Centro De Referência De Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros Do Estado De Minas Gerais, o Centro de Luta Pela Livre Orientação Sexual, a Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis E Transexuais, o Instituto Brasileiro De Direito De Família, Sociedade Brasileira de Direito Público, a Associação De Incentivo À Educação e Saúde do Estado de São Paulo, a Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil e a Associação Eduardo Banks (STF, 2011, p.1).

O Ministro relator conheceu em parte a ação, admitindo-a como Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme constava da exordial como pedido subsidiário, a qual foi seguida pelos demais ministros por votação unânime. Além disso, também por votação unânime, ficou decidido que o julgamento da ação seria realizado em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 do Distrito Federal, uma vez que possuíam o mesmo objeto⁴⁴.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro

Em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 do DF, foi formulada, pela Procuradoria Geral da República, inicialmente como uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entretanto, a ação foi indeterminada pelo objeto da causa e foi conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, de natureza abstrata, visando a declaração do Supremo de que seria obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade, familiar seria extraída dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, dentre outros princípios constitucionais⁴⁵.

Em sede de julgamento, o Ministro relator decidiu sobre as questões preliminares e passou para a resolução do mérito das ações, pontuando, já no início do voto sobre o merecimento de guarida dos pedidos formulados, uma vez que era imprescindível dar a eles interpretação conforme a Constituição de 1988. Além disso, o relator pontuou sobre o termo homoafetividade, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para identificar o vínculo de afeto entre pessoas do mesmo sexo e que não constava em dicionários de Língua Portuguesa até ter sido cunhado pela autora Maria Berenice Dias⁴⁶, sendo homoafetividade, portanto, um novo substantivo⁴⁷.

Na sequência, o Ministro Relator pontuou que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelas pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. “Bem de todos” incluiria, também, a eliminação do preconceito de sexo. Também pontuou, dentre outras questões, a liberdade de escolhas e a vedação constitucional ao preconceito em função do sexo, reconhecendo que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar⁴⁸.

No mérito, o Ministro julgou procedente ambas as ações e deu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a Constituição, de modo a excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconhecendo a união homoafetiva com o mesmo status, regras e consequências da união heteroafetiva⁴⁹.

Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

A participação dos *amici curiae* foi importante, tendo em vista a contribuição para o debate. No entanto, não se pode falar em diálogo efetivo com a sociedade, tendo em vista a ausência de consideração de seus pareceres ou sustentações orais nos votos dos respectivos Ministros. Desse modo, verifica-se que mecanismos como o *amicus curiae* são de extrema importância para que ocorra um diálogo mais efetivo com representantes da sociedade, mas as suas manifestações de fato devem ser consideradas nas decisões do Supremo para que se alcance uma verdadeira democratização do processo e maior legitimidade na atuação do Supremo.⁵⁰

Nesse sentido, Letícia França Corrêa e José Ribas Vieira, ao analisarem o julgamento da ADI n. 4277, a respeito do reconhecimento das uniões homoafetivas, verificaram que uma linha de argumentação, baseada fortemente no direito internacional, esposada pelos *amici* CNH e ABGLT, não foi explorada pelos Ministros. Apenas o Ministro Lewandowski tangenciou tal argumentação ao invocar os Princípios de Yogyakarta, que foram expressamente citados por aquelas instituições. E concluem que é necessário um maior engajamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos debates eventualmente suscitados pela participação dos *amici curiae*⁵¹. Do mesmo modo, a análise de Miguel Gualano Godoy⁵² no sentido de que o Supremo Tribunal Federal tem se valido da realização das audiências públicas e da admissão dos *amici curiae* de forma pouco dialógica.

E, apesar da linha de argumentação dos *amici curiae* terem sido pouco exploradas no acórdão, no caso da união homoafetiva, destaca-se uma outra vertente, mais relacionada ao diálogo ou consideração do que foi decidido pelo Legislativo. Nesse contexto, foram solicitadas informações aos Governadores e à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, nesse caso específico, tomou o cuidado de saber qual era a posição do legislador e os projetos de lei em andamento, consultando o Legislativo.

No caso em apreço, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que tal proteção dos direitos das pessoas que convivem em relações homoafetivas deveria ser realizada pelo Congresso Nacional prioritariamente, porém, ocorrem dificuldades no processo decisório, “em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema”, destacando, ainda, a dificuldade do modelo representativo em operar em tais circunstâncias. Também se encontra alusão à necessidade de regulamentação pelo Congresso Nacional da disciplina jurídica da união homoafetiva como um todo.

Desse modo, de certo modo, o Supremo Tribunal Federal não se intitulou como o único responsável pela efetivação de direitos das minorias. Nesse sentido, também é o entendimento de Glauco Salomão Leite⁵³:

⁵⁰ Víctor Bázan ressalta que o *amicus curiae* é um instrumento proveitoso, destinado, dentre outros propósitos, a viabilizar a participação do cidadão “en asuntos en que se debatan cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida idoneidad sobre la materia debatida” (2014, p. 31). Também destacando o mesmo autor que “os amigos da Corte” estão em condições de trazer critérios técnicos-jurídicos aptos para “una apropiada interpretación de los derechos fundamentales”. BAZÁN, Víctor. *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*. Revista Derecho del Estado, Bogotá, n. 33, p. 3-34, jul./dez., 2014.

⁵¹ Claudia Maria Barbosa, em seu turno, destaca que o *amicus curiae* tem o condão de “ampliar o debate para a sociedade, além de contribuir para o equilíbrio entre as partes na defesa de interesses divergentes”, constituindo-se, assim, “em uma política que facilita a democratização do processo deliberativo e contribui para legitimar o Judiciário perante a sociedade”. Todavia, corre-se o risco de desequilibrar o debate quando “apropriado” por grupos de interesse que abandonam seu papel de amigos da corte para tornarem-se, conforme adverte “amigos da parte”. E, por essa razão, “deve ser utilizado de forma a ampliar a participação equânime de grupos pró e contra, especialmente quando envolvem questões que deveriam ser resolvidas na esfera política”. BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARREIRO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ (org.). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. v. 1.

⁵² CORRÊA, Letícia França; VIEIRA, José Ribas. A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. 2012. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf Acesso em: 26 out. 2020.

⁵³ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? e por que isso deve(ria) importar? Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez., 2015.

⁵⁴ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 247.

Assim, ao reputar a proteção de minorias um ethos da jurisdição constitucional a Corte acabou assumindo uma postura ativista, substituindo o Legislador democrático na construção de uma proteção jurídica para os casais homoafetivos. No entanto, já que as posturas ativistas não são incompatíveis com a perspectiva dialógica da jurisdição constitucional, o Tribunal fez uma referência à necessidade de uma atuação do Congresso Nacional. Agindo dessa maneira, a Corte não assumiu o papel único “porta-voz” da Constituição. Várias passagens de seu acórdão fizeram-se alusão à necessidade de intervenção legislativa para disciplinar o regime jurídico união estável homoafetiva, pois o próprio Tribunal não teria condições de antecipar as várias situações relacionadas à tal matéria. Ao proceder dessa maneira, a Corte buscou promover o diálogo institucional, convocando o Poder Legislativo a adimplir seu dever de proteção ao grupo minoritário.

É necessário destacar os custos políticos da atuação parlamentar em matérias controvertidas e que envolvem bancadas progressistas e também conservadoras no Congresso. Em questões como as da união homoafetiva, o Legislativo se desonera do ônus de decidir perante um eleitorado heterogêneo. Tanto nesse caso quanto no caso de interrupção da gravidez de feto anencefálico, o Supremo Tribunal Federal agiu na importante promoção dos direitos fundamentais de minorias. Nos dois casos, o Legislador foi desonerado do ônus de decidir perante um eleitorado diversificado. Além disso, destaca-se que ambos são temas sensíveis e polêmicos na esfera política, frequentemente evitados pelos poderes majoritários. O caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico é considerado, ainda, mais ativista, tendo em vista a criação de uma nova hipótese de excludente de ilicitude do crime de aborto⁵⁴.

O Federalista n.º 78 afirma que não se trata de superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Mas sim de superioridade do poder do povo, sendo que sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias⁵⁵.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a questão refere-se no sentido de o Supremo Tribunal Federal ser um verdadeiro intérprete da Constituição, cabendo a este assegurar o governo da maioria e a igual dignidade dos cidadãos. Anuncia, de forma enfática, que o ativismo é um método profícuo de defesa da Constituição sendo que a democracia contemporânea não exige apenas votos, ou seja, não exige, apenas, o argumento de que a democracia advém dos representantes escolhidos mediante o voto, exige, também, direitos e razões que são atribuições do STF⁵⁶.

Nesse momento, surgem as ideias do contramajoritarismo, ou melhor, da tensão entre a decisão judicial cumpridora do direito fundamental em detrimento a norma legislada por representante eleito por voto da maioria. Nesse sentido, as teorias textualistas, procedimentalistas e substancialistas buscam explicar como é possível conferir legitimidade à decisão que adota um direito fundamental em detrimento de norma feita pela vontade da maioria⁵⁷.

⁵⁴ Também se destaca que, a respeito do eventual diálogo entre poderes ou resposta legislativa à decisão do Supremo, no caso da união homoafetiva, houve, apenas, reação conservadora com o projeto de lei, com explícita menção religiosa, por meio do Projeto de Lei n. 6.583 de 2013, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira, com a pretensão de instituir o chamado “Estatuto da Família” e proibindo a união entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, apesar de ter realizado menção expressa à decisão do Supremo Tribunal Federal, no projeto, não foram enfrentados os argumentos que compõem a razão de decidir do caso analisado pela Corte, baseando-se, apenas, em fundamentos ligados a particularidades religiosas. Inclusive, para se conceituar família, houve menção ao suposto critério de distinção entre a união de pessoas do mesmo e a união de pessoas de sexos diferentes — “a possibilidade de procriação”. Justificativa que não exigiria maior esforço argumentativo, considerando-se as diversas espécies de famílias reconhecidas pela própria sociedade brasileira, inclusive aquelas que não querem ter filhos. Também não há qualquer razoabilidade nos argumentos do Deputado que dizem respeito ao preâmbulo da Constituição, especificamente a famosa expressão “sob a proteção de Deus”, tendo em vista o Estado laico, a liberdade de religião e a ausência de força normativa do preâmbulo.

⁵⁵ HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. O federalista. 3. ed. Campinas: Russel, 2009. p. 472.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. 2, p. 24-47, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3412/2685>Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.110.

Vale assegurar que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional não se trata somente sobre o tipo de poder que esses tribunais devem ter, mas, também, sobre como eles de fato exercem esse poder (suas práticas de decisões e argumentações). Esse fato representa elemento fundamental de sua autoridade e credibilidade institucional mediante as teorias do discurso e da argumentação jurídica⁵⁸.

De encontro, a realidade da Argentina, que não possui um controle de constitucionalidade abstrato, com efeito *erga omnes*, apresentando a solução no sentido de reconhecer a união para as pessoas do mesmo sexo em legislação, está o entendimento de Roberto Gargarella, ao analisar a competência atribuída ao Judiciário como defensor dos direitos das minorias. Para esse autor, a defesa do Poder Judiciário como defensor das minorias apresenta-se como relativamente pobre para justificação da tarefa dos juízes, sendo que tal argumento apresenta vários defeitos, sendo um deles o fato de apelar, injustificadamente, para uma questão motivacional que realmente não existe, fazendo as seguintes indagações: qual é a ligação entre ter um Judiciário contramajoritário e garantir uma melhor proteção dos direitos dos imigrantes, homossexuais, minorias religiosas etc.? Por que temos de pensar que os juízes estarão, especialmente, interessados em proteger os direitos de tais grupos⁵⁹?

Pelo argumento de serem os juízes responsáveis pela interpretação “adequada” dos textos constitucionais, constata-se a concentração de um enorme poder de decisão, em que os juízes, e não os cidadãos ou seus representantes, estariam decidindo sobre a possibilidade (ou não possibilidade) de certas ideias serem disseminadas, evidenciando o poder extraordinário concedido aos juízes, e não ao “povo”⁶⁰.

Otto Pfersmann⁶¹ discorre sobre a existência, ou não, de um conceito de “governo de juízes”, enfatizando a necessidade de investigação sob dois pontos, ou seja, sobre o uso retórico e sobre o uso científico do conceito. No que se trata sobre o uso retórico da expressão “governo dos juízes”, constata-se uma conotação do impossível com dois conceitos contraditórios, em que governar e julgar constituem funções logicamente incompatíveis.

No que tange ao uso científico, o autor destaca que todo juiz exerce competências específicas, sendo que a competência mínima constitutiva da existência do juiz como órgão, se dá ao juiz aplicar uma regra geral a um caso individual, e sua concretização, ao ser encarregado de verificar se uma norma geral está de acordo com outra norma geral. Em relação a essas competências, sua introdução constitui-se em uma decisão política importante, cujo desafio é o de saber a quem se faz melhor atribuir o poder jurídico de se fazer certas escolhas e de permitir que essas escolhas sejam julgadas em conformidade com a regra superior, no qual não podem ser contrárias. Assim,

Os juízes, mesmo os supremos, não poderão jamais “governar”, visto que, mesmo num grau mais elevado, não fazem mais que proceder à concretização justificada e pontual de normas que eles não produziram. De fato, se os juízes ultrapassassem essas barreiras, não seriam mais juízes, mesmo que utilizassem esse nome, mas sim governante⁶².

5 Considerações finais

Diante da pesquisa apresentada, verifica-se que o Brasil e a Argentina sofreram forte influência do sistema norte-americano no controle judicial de constitucionalidade das leis diante da ideia de supremacia

⁵⁸ VALE, André Rufino do. Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 6-17.

⁵⁹ GARGARELLA, Roberto. Crisis de la representación política. 3. ed. México: Distribuciones Fontamara, 2014. p. 63-64.

⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. Crisis de la representación política. 3. ed. México: Distribuciones Fontamara, 2014. p. 57-61.

⁶¹ PFERSMANN, Otto. Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117-130

⁶² PFERSMANN, Otto. Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117-130.

constitucional, principalmente na metade do século XX, com a preocupação mundial com a proteção dos direitos humanos.

No sistema brasileiro está presente tanto o modelo concentrado quanto o modelo difuso de controle de constitucionalidade, respectivamente. Por outro lado, no modelo argentino, não há que se falar em controle concentrado, mas apenas no difuso.

Ambos os países possuem Constituições que de fato protegem um rol de direitos, considerados fundamentais, com *status* constitucional. Por meio do estudo do reconhecimento jurídico da união homoafetiva, verifica-se que o Judiciário desses países se pronunciou a respeito da questão reconhecendo a possibilidade da união.

Contudo, no caso argentino, como há apenas o controle difuso de constitucionalidade, as uniões vinham sendo reconhecidas de forma individual, com validade apenas para aquele caso concreto. Desse modo, além da utilização do instrumento “Amparo” na esfera do Judiciário, tendo em vista o efeito *inter partes*, foi necessário um reconhecimento de tal união pelo Legislativo.

Por outro lado, no sistema brasileiro, em razão do modelo de controle constitucional concentrado com efeito *erga omnes* e considerando-se os altos custos de decisão para o Legislativo diante de um eleitorado heterogêneo, a questão foi debatida diretamente no Supremo Tribunal Federal, com a participação de *amici curiae* e a verificação do *status quo* legislativo da questão, reconhecendo a união homoafetiva como instituto jurídico.

Importante constatar, com a análise de como a questão foi tratada nos dois países, o papel fundamental do poder judiciário que está justificado pela existência de uma Constituição escrita e rígida e a presença de uma Corte Superior responsável em realizar o controle de constitucionalidade visando à proteção dos direitos postos como fundamentais.

No caso Argentino, os diversos requerimentos de controle jurisdicional mediante “Amparo” deram notoriedade ao tema e justificou a necessidade de legislação pertinente.

No Brasil, o controle de constitucionalidade com efeito *erga omnes* vinculou a jurisprudência e as instituições para seguirem o entendimento que determinou a aplicação das mesmas regras afetas a união estável heteroafetiva para a união estável entre pessoas do mesmo sexo, embasado na importante promoção dos direitos fundamentais de minorias.

Por fim, constata-se que o exemplo de estudo de direito comparado tratado neste artigo é mais um daqueles que aflora a discussão quanto aos limites da atuação do poder judiciário no que se trata ao poder de decisão no exercício do controle de constitucionalidade.

Referências

AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.

ARAUJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katia. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Revista Sequencial*, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ (org). *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013. v. 1.

BARBOSA, Ruy. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil Law*. Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 24-47, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3412/2685> Acesso em: 20 jun. 2020.

BAZÁN, Víctor. Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 33, p. 3-34, jul./dez., 2014.

BRASIL. *Decreto-lei n. 510, de 22 de junho de 1890*. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625> Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4.277/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/RJ*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente [...]. Relator: Ministro Ayres Brito, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 20 jun. 2020.

CARNOTA, Walter F. Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos Argentino y español. *Cuestiones Constitucionales*, n. 9, p. 55-65, jul./dez., 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500902.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Controle de constitucionalidade no Brasil e Argentina: as origens e influências do controle de constitucionalidade sob uma perspectiva comparada. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 49, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

CORRÊA, Letícia França; VIEIRA, José Ribas. *A figura do amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2012. Disponível em: https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf Acesso em: 26 out. 2020.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/241> Acesso em: 21 set. 2021.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la representación política*. 3. ed. México: Distribuciones Fontamara, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?: e por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez., 2015.

HAMILTON, Alexander. *Considerações sobre a ordem judiciária, em quanto a distribuição dos poderes: os federalistas*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Constitucional de J. Villeneuve e Companhia, 1840.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts, EUA: Harvard University Press, 2007.

JONES, Daniel Eduardo; CUNIAL, Santiago. Derrota parlamentaria y reposicionamiento político de actores religiosos: el rechazo de la federación Alianza Cristiana de Iglesias Evangélicas de la República Argentina (ACIERA) a la ley de matrimonio igualitario. *Soc. relig.*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 22, n. 37, jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S185370812012000100004&lng=es&nrm=iso Acesso em: 10 ago. 2020.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. São Paulo: Impetus, 2014.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LENHARD, Vanessa Aparecida. *Judicialização da política e divisão de poderes no estado democrático de direito: a jurisdição constitucional como quarto poder*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2014.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PFRSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 159-186, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45131/45053> Acesso em: 01 set. 2020.

RUATA, María Candelaria Sgró. Regulación (legal) de la sexualidade: el ingreso de lo religioso en las intervenciones de oposición al matrimonio igualitario en el parlamento argentino. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 19, n. 44, p. 248-274, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222017000100248&lng=en&nrm=iso Acesso em: 4 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <http://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf> Acesso em: 09 ago. 2020.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.