

**OMISSÃO LEGISLATIVA, NEOCONSTITUCIONALISMO E LIBERDADE
INTERPRETATIVA: UM ESTUDO TEÓRICO-PRÁTICO DO JULGAMENTO
PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO BOJO DA ADO Nº
26 E DO MI Nº 4733.**

Luiz Felipe Ferreira Egg¹
Jorge Heleno Costa²

Resumo: A presente pesquisa tem como cerne o estudo teórico-prático do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733. Este estudo, assentado na problemática da liberdade interpretativa, das omissões legislativas e do ativismo judicial desenvolvido pelo STF, colima evidenciar como a adoção de uma sistemática garantista de aplicação da Constituição, uma postura contramajoritária e representativa e a tutela dos direitos e liberdades fundamentais pelo STF são, antes de fatores pejorativos de caracterização de sua jurisprudência, caracteres de edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Sob esse espeque, o ponto justificante desse artigo arrima-se no fato de que a expressiva garantia dos direitos humanos pelo Poder Judiciário não pode ser considerada como fonte de politização da justiça, senão que justiça efetiva e lúdima. Nesse sentido, o desenvolvimento deste estudo contou com a utilização do método jurídico-dedutivo, realizado por meio de análise bibliográfica exploratória e jurisprudencial, tendo como fonte supletiva artigos científicos e documentos. Como resultado, tem-se que embora o Direito Constitucional esteja circundado por questões políticas, haja vista ser a própria Constituição um documento jurídico-político, destina-se a conceder, sob os auspícios da razoabilidade e da proporcionalidade, efetividade prática aos direitos atrelados à dignidade humana.

Palavras-chave: Omissão legislativa. Neoconstitucionalismo. Liberdade interpretativa. Direitos fundamentais. Jurisprudência (a)política.

Introdução

De forma primeva, é relevante salientar que o Direito Constitucional existe desde as primeiras civilizações. Mesmo que ainda não positivado em uma estrutura formal emanada do Estado, já se fazia presente na consciência dos povos. Assim o era não por falta de positivação ou desídia de regulamentação, mas, porque naquele momento da história eram outros os precípuos diplomas de regulação, com natureza e fins diversos do Direito Constitucional, ou seja, eram essencialmente privatistas.

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN/AFYA). E-mail: luizfegg@gmail.com

2 Prof. Me. do curso de Direito no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN/AFYA).

Com o querer ir-se da história, ascenderam-se novas necessidades e, por consectário, novos meios de regulação e contenção social, máxime do Estado. Para esse fim, elegeu-se, então, um documento político de estruturação e organização socioinstitucional, qual seja, a Constituição. Essa, primitivamente um documento de caráter puramente político, transmudou-se para o atual modelo normativista e cogente.

Esse novo modelo de imperatividade constitucional, dotado de superior destaque prático e elevado valor jurídico, galgou maior espaço na seara jurídica a partir do século XX, no pós-segunda guerra, sob influência do movimento que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional. No que lhe concerne, essa nova perspectiva constitucionalista atribuiu à Constituição um viés de norma jurídica propriamente dita, dotada de requisitos e caracteres essenciais para a produção plena de seus efeitos, tanto jurídicos como sociais.

Nessa perspectiva, e na esteira de uma ordem jurídica estruturada sobre as bases de um direito constitucional normativista, tem-se que o ponto justificante dessa pesquisa arrima-se no fato de que a expressiva garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário não pode ser considerada como fonte de politização da justiça, senão que justiça efetiva e lúdima.

Sendo por isso, e reconhecendo a efetividade prática das normas constitucionais e seu consectário poder de coação, passa a vigorar, então, o entendimento de que, caso não cumpridas, será o estado jurisdição chamado a intervir para, certamente, defender o espírito cogente e prescritivo das normas constitucionais e garantir sua natural e lógica eficácia prática no restabelecimento da paz social.

Nesse esquadro, o problema de pesquisa a ser enfrentado assenta-se em três elementos, quais sejam: a) a alta carga valorativa e principiológica da Constituição como fonte de *hard cases*; b) a natureza política e jurídica da Constituição e a abertura interpretativa conferida aos Tribunais; e, c) o manifesto sentimento jurídico de fazer cumprir os dispositivos constitucionais com fonte indireta do ativismo judicial e fonte direta da excessiva judicialização.

Acerca dessa problemática, o objetivo geral deste estudo é evidenciar como a omissão legislativa, a necessidade de tutela imediata dos direitos e liberdades fundamentais e a abundância dos *hard cases* demandam uma atuação essencialmente contramajoritária e garantista por parte do STF.

Nessa senda, salienta-se que o desiderato acima traçado passará pelo estudo

específico de três objetivos intermediários, quais sejam: a) a adoção de uma sistemática garantista de aplicação da Constituição; b) a adoção de uma postura contramajoritária e representativa pelo STF; e, c) a tutela dos direitos e liberdades fundamentais como cláusula do Estado Democrático de Direito.

No mais, evidencia-se que a busca pelo alcance dessas premissas será empenhada por meio de um estudo bibliográfico exploratório, pautado no método jurídico-dedutivo (GUSTIN; DIAS, 2015), com a utilização direta e primária de doutrinas jurídicas específicas da área do direito constitucional, principalmente de jurisprudências do STF, e, como fonte indireta e secundária, artigos científicos.

1 As bases originárias da ciência constitucionalista

A ciência constitucional, como ciência jurídica, inaugurou-se após os movimentos constitucionalistas engendrados pela burguesia racionalista do século XVIII, a qual procurou romper com os dogmas absolutistas e formular novas bases políticas conformadas ao pensamento liberal democrata (BARROSO, p.100-105). No entanto, essa história passou por períodos conturbados, conforme a seguir se expõe.

No evoluir dessa operação, a desvinculação revolucionária da ideia de hierarquia, tirania e poder de poucos (aristocratas, clérigos e monarcas) promoveu o florescimento do Estado constitucional – ainda incipiente e flácido – como conseqüência dos movimentos sociais que culminaram, precipuamente, na eclosão da Revolução Francesa de 1789.

Dessa ruptura com o Estado absolutista, decorrente das revoluções liberais do séc. XVIII e sob os auspícios da necessária contenção do poder político, surgiu o Estado Liberal de Direito, que, segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p.31) se viu “diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, e erigiu o princípio da legalidade como fundamento para sua imposição”.

Nessa esteira, tem-se que ocorreu a efetiva substituição de um modelo político de dominação (Estado absolutista) para um que fosse de plena liberdade, o qual decorreu mais do que uma simples coordenação de esforços sociais, para ser, verdadeiramente, um método de ação e um argumento forte o suficiente para conduzirem, tanto a baixa burguesia quanto a plebe, a organizarem-se no escopo de buscar os direitos que sempre lhes foram inatos. Como consequência, sufragou-se como lemas a liberdade, a igualdade e a fraternidade, primados fundamentais do estado liberal de direito e alicerces do pensamento humanitário.

A partir desses acontecimentos, e como consequência dos excessos praticados pelo poder político liberal, começou a funcionar o princípio da legalidade como fator de limitação do *jus imperium* do Estado e como postulado determinante de sua obrigação de fazer somente aquilo que lhe fosse legalmente autorizado. Esse ideal, escudado na filosofia da tripartição de Poderes de Montesquieu, fortificou o pensamento positivista da época e foi a pedra fundamental para a construção do constitucionalismo moderno, além de ser a base sobre a qual a legalidade constitucional hodierna busca sua força jurídico-impositiva (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p.33-37).

Acerca dessa conjuntura, e com base no pensamento do professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso (2018, p.281-283), salienta-se que a formação do Estado Constitucional de Direito passou por três fases que culminaram na sua atual dimensão, quais sejam: o Estado pré-moderno ou absolutista, o Estado Legislativo de Direito ou Estado Liberal de Direito e o Estado Constitucional de Direito (doravante a segunda metade do século XX), cada um se fundamentando em ideais filosóficos que a seguir se apresentam.

1.1 O assento filosófico do Direito Constitucional

Na perspectiva de contenção dos desmandos do Estado e de garantia de uma superior liberdade e igualdade entre os cidadãos, surgiram os movimentos revolucionários do século XVIII, os quais, sem excluir os lemas já mencionados (liberdade, igualdade e fraternidade), fundamentaram-se na idealização racional da existência de um direito que fosse superior aos homens e que os submetessem indistintamente às diretrizes universais e imutáveis do “direito natural”. Essa filosofia de pensamento, fulcrada no que se convencionou chamar de jusnaturalismo, qualifica-se, segundo o magistério de Nader (2007, p.374), como sendo, para a época, “o Direito ideal, mas ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável”.

Nessa linha de entendimento, Sabadel (2013, p.24) também preconiza que a concepção prevalente entre os estudiosos do direito é a de que o “direito natural” ou jusnaturalismo, funciona como um conjunto de normas metafísicas pré-existentes ao próprio direito codificado, e caracteriza-se como normas idealmente justas e corretas que devem, imprescindivelmente, fazer parte do direito positivo. Do mundo do *ser* para o mundo do *dever ser*.

Nessa lógica, é importante salientar que o direito natural expressa, com profundidade de sentido, algo não sujeito à falibilidade do homem, mas que, por si só, é falível caso não garantido por uma ordenança positivada de seus preceitos e pela coercibilidade estatal. Nessa perspectiva, parafraseando o que já há muito afirmava Thomas Hobbes, a ordenança natural das coisas, caso não regulamentada, revela-se capaz de levar o homem à sua própria extinção, razão pela qual deveria o Estado passar a reger a vida em sociedade por preceitos jurídicos criados pelo próprio ser cognitivo. Começa a surgir, a partir de então, as bases de uma filosofia positivista (WEFFORT, 2001, p.51-77).

No momento em que se começa a projetar no Estado essa capacidade regulatória e ordenadora da comunhão de vida social, abre-se a oportunidade para a existência de um direito não mais difuso e centralizado no homem individualmente considerado – direito natural – mas de um direito centralizado no Estado e hierarquizado de acordo com parâmetros políticos de cada época – direito positivo ou legislado –, como decorrência da necessidade de contenção social e garantia do respeito de todos para com todos.

Surge, então, a filosofia positivista como uma antítese aos preceitos do direito natural, a qual, em vez de se firmar em preceitos abstratos e metafísicos, busca alcançar a “verdade” das coisas através de uma experimentação de hipóteses com base na observação da natureza. Isto é, em vez de formular uma abstração acerca do ideal (jusnaturalismo), pauta-se na ciência e faz juízos de constatação sobre realidade fática subjacente (positivismo). (NADER, 2007, p.383-385).

Acrescente-se, ainda, que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p.38) advertem que “o positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito”. Contudo, essa proximidade do positivismo filosófico com o direito não demonstrou ter sido uma experiência profícua no curso da história, uma vez ter fundamentado e dado ensejo a um Legislativo soberbo e uma jurisprudência debilitada.

Esse modelo positivista, portanto, desvirtuando a teoria de Montesquieu acerca da representação popular pelo Parlamento, engendrou a adoção de uma solução que descortinou o novo marco político e filosófico do Direito, qual seja, o pós-positivismo. Esse sistema, fundado na ideia de diversas possibilidades interpretativas e no reconhecimento da ausência de completude, clareza, e univocidade de sentido do ordenamento, constituiu, a partir da segunda metade do século XX, principalmente após a redemocratização, uma estrutura

filosófica sobre a qual repousa a essência do Direito contemporâneo. (BARROSO, 2018, p.277-280).

É tão evidente esse novo contorno pós-positivista do Direito, que até mesmo a própria legislação já reconheceu, em suas minúcias e em vários de seus dispositivos, a necessidade de sua interpretação, ante a vagueza e a dubiedade de seus preceitos, sufragando, para tal desiderato, instrumentos, métodos, procedimentos e princípios capazes de colmatar, pela interpretação, sua incompletude.

Como exemplo do supramencionado, é válida a transcrição dos seguintes dispositivos: Art. 4º, do Dec. Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942); Arts. 140, parágrafo único, 926 e 927 da Lei nº 13.105/15 (BRASIL, 2015), os quais preconizam o seguinte: quanto ao Dec. Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), veja: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942).

Com relação aos dispositivos da Lei nº 13.105/15, Código de Processo Civil, observe:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...].

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II. Os enunciados de súmula vinculante;

III. Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V. a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[...] (BRASIL, 2015).

Nessa ótica, pela redação dos dispositivos acima transcritos e pela contextualização com o já exposto, isto é, com um direito que se revela cada vez mais aberto e carregado de princípios gerais que incitam a força da jurisprudência pela interpretação, sobeja inequívoca a singularidade da posição que a interpretação jurídica pátria vem conquistando na aplicação do direito hodierno, em franca aproximação deste ao direito comparado norte-americano, de origem *anglo-saxã*.

É, portanto, por meio dessas premissas que o pós-positivismo lança as bases para uma transformação gradual, lenta e silenciosa do Direito hodierno, mas, nem por isso, superficial. Contudo, para que se compreenda a contextualização dessa nova guinada do direito moderno pelo pós-positivismo, necessário se faz o estudo de três marcos fundamentais que confluem com essa filosofia, quais sejam: o marco histórico, o filosófico e o teórico do Direito Constitucional (BARROSO, 2018, p.283-306), a seguir analisados.

1.2 A conjunção do pós-positivismo com o marco neoconstitucionalista

Afora o já mencionado, o direito constitucional passou, essencialmente, por duas grandes revoluções conceituais, quais sejam: a primeira, originada nas civilizações mais antigas (Direito Grego e Direito Romano), foi caracterizada pela existência de um documento constitucional marcadamente político, sem qualquer teor normativo e cogente; a segunda, por sua vez, é qualificada pelo surgimento de um documento constitucional que, além de político, revela-se também jurídico, com normas capazes de veicular e vincular as ações dos Poderes Públicos, revogar outras normas ou deferir-lhes sentido e, o mais importante, outorgar direitos subjetivos constitucionais exigíveis em juízo.

É essa juridicidade do Direito Constitucional que se apoia, ontologicamente, na filosofia pós-positivista. No que lhe concerne, consubstancia a existência dos três marcos do direito contemporâneo, quais sejam: o histórico, o filosófico e o teórico. Esses três elementos, pela profundidade de sentido, pela fundamentação da normatividade constitucional e pelo espectro de possibilidades interpretativas que engendram merecem uma breve consideração.

O marco histórico, com suas raízes no pós-segunda guerra mundial, funda-se na reconstitucionalização da Europa e na redemocratização pós-Regime Militar. No Brasil, está o Direito Constitucional intimamente ligado a um contexto de lutas sociais e históricas que deságuam, de forma reflexiva, em uma gama de cláusulas constitucionais garantistas e de direitos humanos constitucionalizados que buscam, de forma inexorável, promover a dignidade humana, a paz e evitar a guerra. (BARROSO, 2018, p.283-285)

O marco filosófico, por sua vez, assenta-se sobre a teoria pós-positivista. Essa razão, segundo o Ministro do STF Luís Roberto Barroso (2018, p.285),

Situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela

superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

A par desse raciocínio, tem-se o pós-positivismo como uma filosofia que se escuda tanto em bases jusnaturalistas quanto positivistas, pois faz com que direito legislado vez ou outra busque sua fundamentação na idealização de justiça – própria do jusnaturalismo – para a interpretação de seus preceitos.

Por último, o marco teórico do Direito Constitucional, epicentro do entendimento sobre o modo pelo qual a Constituição produz seus efeitos e sobre o rumo que a história do direito moderno poderá tomar, circunscreve-se, segundo Luís Roberto Barroso (2018, p.281-306), a três grandes movimentos, tais quais: o reconhecimento da força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, elementos resultantes do processo histórico de evolução do direito e sem os que não se concebe o constitucionalismo dos novos tempos (BARROSO, 2018, p.300-306).

2 A vicissitude dos fatos, a superação da história e a visão neoconstitucionalista do Direito

Segundo Bauman (2007), a sociedade do século XXI, marcada pela liquidez e pela efemeridade de suas relações, é caracterizada pela pluralidade de seus valores, idiossincrasias, visões, opiniões e interesses, pelo que dá origem a uma vasta estrutura de relações sociais heterogêneas incapazes de serem tratadas pelo direito de maneira efetiva e uniforme. Desse modo, assim o é porque a sociedade é a verdadeira produtora e delimitadora de seu conteúdo, e, justamente por isso, será sempre uma presa inalcançável para o predador normativo, pois que para toda norma sempre haverá um fato preexistente condicionante de seus termos.

Como consectário da miscelânea de possibilidades de vivências sociais e das incertezas e conflitos de valores e princípios, tem-se, na quadra de século atual, um manancial inesgotável de *hard cases* que demandam do espectro jurídico uma previsibilidade casuística que lhe é impossível de ser alcançada, mas que, no entanto, pode ser satisfatoriamente suprida pela atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, e na esteira de uma ordem jurídica estruturada sobre as bases de um direito constitucional garantista (visão neoconstitucionalista), a existência de omissões legislativas não pode ser tomada como fonte suficiente para fundamentar o argumento de um STF ativista e uma jurisprudência politizada, pois que não existe escusabilidade na aplicação

da Constituição nem escapatória ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme disposto pelo art. 5º, XXXIV, da Constituição da República de 1988 (CRFB/88). Dessa forma, é constitucionalmente impossível e socialmente inviável que o Supremo Tribunal Federal se escuse da resolução de conflitos de interesses quando instado a fazê-lo, pois que não seria razoável nem mesmo legítimo ao Estado jurisdição negar o seu dever-poder de tutela e de manutenção da paz social.

A esse respeito, para que se compreenda esse dever de atuação proativa da jurisdição, necessária é a recapitulação do conceito de soberania, a qual, como uma e indivisível que é, não pode ser considerada legítima somente quando e se estiver fundamentando a atuação dos Poderes de representação popular, senão que deve, na mesma proporção, ser reconhecida como força manifestada por meio da atuação de quaisquer dos Poderes do Estado indistintamente considerados, desde que estes sempre atuem em prol do bem comum e da segurança jurídica de todos (DALLARI, 2015).

2.1 Constituição normativa e liberdade interpretativa como consequência neoconstitucionalista

A Constituição, dentre suas várias acepções, merece ser vista como fator constitutivo, condensador e concretizador de direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais, e não simplesmente como um título estático e simbólico referenciador de conquistas históricas. Contudo, como sabido pela prática jurídica contemporânea, nem todas as enunciações de direitos plasmadas no corpo do texto constitucional foram dotadas de rigor eficaz, dependendo, *ipso facto*, de regulamentação legislativa própria.

No entanto, essa regulamentação legislativa, por vezes, nem sequer se concretiza, situação a qual, ao ser posta sob consideração, acaba por justificar o aforamento sucessivo de ações constitucionais destinadas a suprir essa inércia legislativa regulatória e a garantir a efetiva tutela estatal dos direitos fundamentais e do próprio texto constitucional. Sobre esse assunto, vale destacar o magistério de Hesse (*apud* SARMENTO e NETO, 2012, p.171), para os quais a interpretação da Constituição não é um simples processo de consideração do texto constitucional, mas, sim, o resultado do cotejo deste com a realidade fática a ele subjacente.

Sob esse esquadro, o que se vê no contexto atual são dois movimentos jurídicos distintos, quais sejam: a omissão do Poder Legislativo de um lado e a proatividade do Poder

Judiciário de outro. Ambos situados na contramão um do outro, mas que, todavia, conectados por uma política neoconstitucionalista de aplicação do Direito, tendem a formular as bases para uma profunda e silenciosa mudança no rumo do direito legislado. Esse movimento, circunstanciado pela força normativa da constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por novos métodos de interpretação da constituição (BARROSO, 2018, p.300-306), deságua na pujança de um direito cada vez mais aberto à realização do que é justo, sem que, contudo, a realização dessa justiça constitucional elimine o poder de coerção das normas infralegais.

Essa crescente transformação nas fontes do direito e o desconforto de se viver única e exclusivamente sob o comando de um direito positivo inflexível enseja, cada vez mais, o emergir de uma interpretação que busque mais do que a simples subsunção de um fato a uma norma, mas a verdadeira justiça constitucional aplicável a cada caso concreto.

Sendo por isso, e reconhecendo a imprescindibilidade da efetividade prática das normas constitucionais e seu consectário poder de coação, passa a vigorar, então, o entendimento de que, caso não cumpridas, será o Estado jurisdição chamado a intervir para, certamente, defender o espírito cogente e prescritivo das normas constitucionais e garantir sua natural e lógica eficácia prática no restabelecimento da paz social, em reconhecida defesa, para parafrasear Barroso (2018, p.76), dos direitos subjetivos constitucionais.

2.2 Direitos subjetivos constitucionais e a eficácia prática da Constituição

No momento em que a Constituição deixa de ser um documento essencialmente político para se transformar em um compilado de regras cogentes e impositivas, surgem os direitos subjetivos constitucionais.

Direitos subjetivos, pela força da expressão, estão intimamente relacionados com o poder ou faculdade conferidos aos indivíduos para poderem exigir do Estado prestações positivas ou negativas capazes de lhes proporcionar a fruição dos bens, direitos e interesses pessoais a eles pertinentes (BARROSO, 2018, p. 259-260).

O problema, ou talvez a solução para a existência de tais direitos, é que invariavelmente ocorre o ajuizamento de um sem número de ações destinadas a garantir-lhes a eficácia prática. Problema, porque pode ser tomado como fonte de uma excessiva judicialização da política. Solução, devido ao fato de essa judicialização estar umbilicalmente

atrelada à necessária garantia dos direitos fundamentais e à luta contra a desídia do Poder Legislativo em regulamentar determinados assuntos (BARROSO, 2018, p.442-452).

A cobrança judicial desses direitos subjetivos constitucionais surge, no século atual, como fruto da expansão da jurisdição constitucional, da pulverização do sentimento constitucional e da centralidade da Constituição no ordenamento, efeitos irradiantes de cláusulas fundamentais e limitadores da discricionariedade do Estado.

Para Sarmiento e Neto (2014, p.18)

[...] se instalou no senso comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma jurídica, que pode e deve ser aplicada à realidade social, incidindo sobre casos concretos, independentemente de regulamentação de seus dispositivos pelo legislador.

A par dessa posição, é relevante destacar a tradicional classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva (1998), a qual engloba normas de eficácia plena, contida e limitada. Sem desconsiderar a importância das duas primeiras classificações, a que mais interessa neste momento é a última, pois que engloba as normas que são as principais responsáveis pela atividade proativa do STF, haja vista que demandam uma atuação concretizadora do Poder Legislativo e este, como na maioria das vezes se faz inerte, acaba transferindo essa concretização para o Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, é evidente que a prática constitucional contemporânea de concretização da Constituição pelo STF tem caminhado na direção da obsolescência da suprarreferida tripartição, uma vez que se tem adotado uma crescente interpretação dos dispositivos constitucionais em consonância com o primado fundamental da dignidade humana, art. 1º, III, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), e da aplicação imediata dos direitos fundamentais daí decorrentes, art. 5º, §1º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988). Nessa perspectiva, vê-se que os novos paradigmas do Direito Constitucional estão levando a uma superação da classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva.

Esse movimento jurídico de plena eficácia constitucional conduz-se nessa direção justamente pelo fato de que praticamente todo e qualquer conflito de interesses está ligado direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, a direitos subjetivos fundamentais cuja garantia o Estado não pode negar, pois que a própria Constituição de 1988 traz, no texto do §1º do art. 5º, a prescrição de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, somando o sentimento social acerca da força normativa da constituição, as excessivas demandas judiciais daí decorrentes e a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXIV, da CRFB/88), faz-se quase, senão impossível, a negação pelo STF de sua indiscutível matiz contramajoritária e representativa (BARROSO; p.482-486).

2.3 A hostilidade contramajoritária e representativa e a garantia dos direitos fundamentais

Silenciosa e intensa, mas com uma raiz histórica profunda, a atividade contramajoritária e representativa tem desempenhado um papel fundamental no progresso das instituições sociais. Embora existam críticas, essa nova forma de enxergar a *práxis* jurídica tem possibilitado, dentre alguns retrocessos, uma quantidade muito superior de avanços, como bem ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, ações que equipararam as condutas de homofobia e transfobia ao crime de racismo tipificado pela Lei 7.716/89 (BRASIL, 1989).

A esse respeito, o ex-Ministro Celso de Mello, relator da ADO 26 no STF, no tópico de seu voto *uma brevíssima constatação, in fine*, esclarece que “é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, *sempre*, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República” (BRASIL, 2019).

Nesse prisma, não se deve apedrejar e malferir o STF por simplesmente estar exercendo um papel garantista e contramajoritário, mas, sim, em vez disso, pressionar o legislativo para regulamentar questões sociais que já há muito reclamam positividade e proteção, mas que, até o momento, sequer foram consideradas, evidenciando uma postura omissiva do Poder Legislativo.

Essa omissão legislativa, decorrente da falta de consideração de certos temas jurídico-sociais, agregada a uma política constitucional principiológica e a conceitos jurídicos indeterminados, por vezes, acaba fundamentando uma atuação essencialmente proativa do STF na resolução de casos práticos submetidos à sua apreciação, enxertando o direito legislado de interpretações que garantam sua adequação às vicissitudes dos acontecimentos sociais.

Esse evoluir social, como alhures mencionado, é a base das omissões legislativas. Estas, por sua vez, consubstanciam a causa justificadora para o ajuizamento de ações tendentes a tutelarem direitos fundamentais originariamente não assegurados pelo Poder Legislativo. Os direitos fundamentais, em sua maioria ligados à cláusula geral da dignidade humana, geram a necessidade de atuação do Poder Judiciário. Essa atuação, ligada ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, art. 5º, XXXIV, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), e da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, §1º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), promove o exercício de uma jurisprudência ativista fundamentada no papel contramajoritário e representativo da Corte Constitucional.

Nesse istmo, para qualificar e reger o debate contramajoritário, releva salientar que a agenda política e jurídica atual está circunstanciada por desacordos morais fundados no espectro amplo de direitos e garantias fundamentais e na expansão da jurisdição constitucional, casos diretamente atrelados à filosofia pós-positivista de garantia dos direitos fundamentais e que, por buscar força na política jusnaturalista de proteção dos humanos, acaba por legitimar decisões garantistas, como a que proferida em sede da ADO 26 e do MI 4733.

2.4 Os desacordos morais e a legitimidade das decisões proferidas na ADO 26 e no MI 4733

Como bem trabalhado nesta pesquisa, a rápida evolução social impede ou dificulta um Direito constantemente atualizado. Essa disparidade na intensidade com que se movimenta o predador normativo e sua presa social, gera, de forma percuciente, omissões legislativas que vulneram direitos humanos atrelados, muitas das vezes, à cláusula fundamental da dignidade humana (art. 1º, III, da CFRB/88).

Nesse sentido, quando se tem um vácuo legislativo ou uma norma deficitária de conteúdo, a discussão, embora tomada sob os auspícios dos princípios gerais do direito, transforma-se, invariavelmente, numa discussão moral e circunstanciada pela intensidade dos valores, visões, interesses e direitos dos intérpretes, situação que se agrava mais quando se coloca em pauta o estudo do direito, máxime da Constituição, sob a perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes (HÄBERLE, 2003).

Essa abertura de legitimados a interpretarem a constituição se afigura tão legítima quanto a própria existência de uma constituição democrática, porém, perfaz-se como fonte de

interpretações que, muitas vezes, geram conflitos e polarizações sociais, como aconteceu no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, que além de repercussões jurídicas variadas, culminou na existência de diferentes posições sociais.

É, portanto, nesse amálgama de posicionamentos sociais e diferentes leituras da constituição que têm fundamento os desacordos morais razoáveis, os quais, nos dizeres de Barroso (2018, p.462) expressa-se no seguinte:

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete.

Nessa perspectiva, tem-se que os desacordos morais são decorrentes não só da pluralidade de sujeitos intérpretes da constituição, mas, também, da pluralidade de instrumentos interpretativos, visões e opiniões acerca dos princípios e preceitos constitucionais. Nesse sentido, o modo de se dizer o direito constitucional no momento atual resulta da confluência dos pressupostos teóricos da constituição democrática, do pós-positivismo e da coordenação destes com a base filosófica neoconstitucionalista, a qual empresta à ciência jurídico-constitucional uma visão moral, ética e poliepistêmica que ilumina a tomada das decisões na seara prática dos casos difíceis.

Assim, tem-se que da contextualização dessas premissas com a conclusão de que as condutas homotransfóbicas se enquadram dentro da perspectiva sociológica de racismo e do contexto ontológico constitucional de cláusula pétrea fundamental (art. 5º, incs. XLI e XLII, da Constituição da República), é inevitável concluir pela indiscutível legitimidade democrática e teor representativo das decisões proferidas na ADO 26 e no MI 4733.

2.5 A vedação da proteção deficiente, decisões garantistas e o fôlego de vida das minorias abrangidas pelas decisões proferidas na ADO 26 e no MI 4733.

Ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, a ADO 26 pretendia, em seu bojo, ter declarada a inconstitucionalidade da inércia legislativa em editar o mandado incriminador fruto da prescrição contida no art. 5º, incs. XLI e XLII da Constituição da República de 1988,

e, em síntese, como bem relatado pelo Ministro relator da referida ação no STF, Celso de Mello, ver:

a) reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS) [...];
 [...] e) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas; e, [...] (BRASIL, 2019).

O Mandado de Injunção (MI) 4733, a seu turno, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, no mesmo sentido da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, tanto por isso reunidas para julgamento conjunto, também visou, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, a:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação e/ou identidade de gênero (BRASIL, 2019).

Ambas as ações, acolhidas em seus termos, concluíram pela equiparação e criminalização das condutas homotransfóbicas ao de crime de racismo tipificado pela Lei nº 7.716/85 (BRASIL, 1985) sob o argumento de que as referidas condutas, quando deflagradas, reduzem a vítima a uma situação humilhante e as coloca à margem da sociedade e do próprio direito, necessitando e enquadrando-se, por isso, no conceito de racismo sociológico adotado pelo STF.

Doutra ótica, não seria possível esse protecionismo e nem mesmo a defesa da dignidade humana caso o Direito permanecesse, em seu sentido *lato*, vinculado e preso à inflexível política positivista dos séculos XVI – XIX. Por isso, benfazeja é, inobstante algumas críticas, a filosofia pós-positivista, pois ela sim, como já demonstrado neste trabalho, é a verdadeira legitimadora da prática garantista e da visão confluyente entre o senso de justiça natural, próprio do jusnaturalismo, e o senso de respeito à lei, próprio do positivismo.

Nessa perspectiva, como meio-termo do casamento entre jusnaturalismo e positivismo, o pós-positivismo dá abertura para o surgimento de interpretações protetoras e

de vários princípios gerais do direito, dentre os quais, o da vedação à proteção deficiente, um dos vetores da proporcionalidade e pilar fundamental do Estado Constitucional de Direito.

É, pois, nesse sentido, que as decisões atuais dos Tribunais Superiores não podem olhar para a estrita legalidade, senão que têm, igual e simultaneamente, que analisar o campo da ética social e buscar a máxima garantia de todos os cidadãos indistintamente considerados, mormente quando sujeitos a um grau superior de marginalização e criminalidade, como a categoria Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Transgêneros e outros (LGBTT+).

Inobstante hajam críticas a esse pensamento, a postura do STF se revela da mais alta importância, pois que além de garantir a função protetiva do Estado, coloca o cidadão, privado de proteção, sob o manto aquecido da tutela legal de seus direitos. Há que se ressaltar, a par desse sentido expansivo da jurisprudência, sua limitação aos preceitos da ética e da moral, os quais, *in casu*, fundamentaram uma decisão progressista em detrimento de uma inércia retrógrada do legislativo, permitindo, assim, o fôlego de vida por parte da população LGBTT+.

Portanto, tem-se que o paradigma de formação do direito, baseado na estruturação tripartite de Miguel Reale, consubstanciada em um fato que, valorado socialmente, reproduz-se em uma norma jurídica (NADER, 2007, p.392-393), perde lugar para o seguinte silogismo: os fatos, abundantemente constitucionalizados, hoje não mais são valorados pela sociedade, mas encontram seu valor intrínseco em normas constitucionais preexistentes à sua própria ocorrência, desaguando, assim, inevitavelmente no Poder Judiciário, seja pela força normativa da constituição ou pela falta de força e omissão das normas infraconstitucionais. Por isso, vigora hoje um extremismo que futuramente pode ou não existir, qual seja: ou o Poder Legislativo age e promove a proteção dos direitos humanos constitucionalizados, ou será o Defensor da Constituição (STF) instado a fazê-lo.

Considerações finais

Por conseguinte, a partir do exposto nesta pesquisa, é visível que a aplicação prática da interpretação constitucional demanda a transcendência do mero simbolismo existencial para uma verdadeira concretização de valores juridicamente constitucionalizados, máxime quando se trata de direitos afetos à dignidade humana, circunstância ensejadora da existência de certa carga coercitiva e sancionatória necessária à efetivação dos direitos humanos constitucionalizados.

Assim, quando se trata de garantir a efetividade desses direitos, o Poder Judiciário acaba sendo, vez ou outra, o ponto de solução última dos casos concretos. Por isso, verificando-se a omissão legislativa inconstitucional, ter-se-á, eventual e necessariamente, a justificante lei newtoniana da ação e reação influenciando a atuação garantista do STF.

Nesse sentido é que, quando se fala na solução de casos difíceis, ou seja, aqueles semelhantes aos que constituíram objeto da ADO 26 e do MI 4733 (estudados neste artigo), não existe uma solução jurídica pré-pronta no ordenamento jurídico, razão pela qual as Cortes Constitucionais, quando demandadas a enfrentarem a questão, são forçadas muitas vezes a recorrerem a princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, dignidade humana, atuação democrática, segurança jurídica, dentre outros. Essa atuação, eminentemente argumentativa e racional, antes de ser designada como fator pejorativo de politização da jurisprudência, deve ser entendida como caractere de edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Epítome conclusiva, o fato é, quanto mais evoluída e emancipada se encontra a sociedade, mais plural e complexas são suas relações. Desse modo, buscando legitimar a tese da indisponível contramajoritariedade do Pretório Excelso e alcançar o objetivo proposto, tem-se que a civilização não se forma e se faz perene, ela está em constante formação, ela sempre estará em seu início, porque o hoje sempre será o futuro do ontem e o passado do amanhã, em uma constante mutação líquida incapaz de ser acompanhada pelo direito.

Referências Bibliográficas

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

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Lei Federal nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (1942). Dec. Lei Federal nº 4.657/1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Brasília: STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Brasília: STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576STF MI>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. 1. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

LENZA, Pedro; **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74/73>. Acesso em: 07 out. 2020.

SILVA, José Afonso Da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1988.

SABADEL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externo do direito. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WEFFORT, Francisco Correia. **Os clássicos da política**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001.