



DA EXCEÇÃO AO DIRIGISMO: UM PANORAMA DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL

FROM THE EXCEPTION TO DIRIGISM: A OVERVIEW OF THE REALIZATION OF MINORITY RIGHTS IN BRAZIL

<i>Recebido em</i>	03/07/2025
<i>Aprovado em:</i>	03/12/2025

Gabriela Borges da Cunha¹

Alexandre Naoki Nishioka²

João Luiz Martins Teixeira Soares³

RESUMO

O presente estudo tem como escopo precípua analisar as complexidades inerentes à ascensão e à concretização do dirigismo constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à sua materialização contemporânea por intermédio das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Utilizou-se da formulação da pesquisa teórica qualitativa e do método hipotético-dedutivo, o qual teve como componente primordial a pesquisa bibliográfica com substrato na doutrina, de modo a abranger autores expoentes em âmbito nacional e internacional, na jurisprudência e na legislação constitucional. Assim, no decorrer da inquirição se analisou a evolução histórica da luta pela garantia dos direitos fundamentais, destacando-se os períodos de Estado de Exceção e o seu impacto quando da formulação constitucional no seio do Poder Constituinte. Como resultado, identificou-se o indubitável protagonismo atribuído ao dirigismo constitucional pela Constituição Federal de 1988, o qual, contudo, tem sofrido com o risco de se transmutar em mera promessa perante a inércia e o silêncio do legislador ordinário, em especial em casos de perigo de dano ou efetiva violação dos

¹ Advogada. Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB).

² Doutor em Direito Tributário pela USP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB/ITE).

³ Doutorando e mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB/ITE).



direitos de minorias e grupos vulneráveis, em que se identifica o fortalecimento do Poder Judiciário, em especial pela figura do STF, que historicamente busca tutelar essas parcelas constantemente (re)marginalizadas.

Palavras-chave: Democracia constitucional; dirigismo constitucional; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to analyze the complexities inherent to the rise and implementation of constitutional dirigisme within the Brazilian legal system, especially in regard to its contemporary materialization through decisions issued by the Federal Supreme Court. The qualitative theoretical research formulation and the hypothetical-deductive method were used, which had as its primary component bibliographical research based on doctrine, in order to cover prominent authors at national and international level, in case law and constitutional legislation. Thus, during the inquiry, the historical evolution of the struggle to guarantee fundamental rights was analyzed, highlighting the periods of State of Exception and their impact on the constitutional formulation within the Constituent Power. As a result, the undoubted protagonism attributed to constitutional dirigisme by the Federal Constitution of 1988 was identified, which, however, has suffered from the risk of being transformed into a mere promise in the face of the inertia and silence of the ordinary legislator, especially in cases of danger of harm or effective violation of the rights of minorities and vulnerable groups, in which the strengthening of the Judiciary is identified, especially through the figure of the Supreme Court, which historically seeks to protect these constantly (re)marginalized groups.

Keywords: Constitutional democracy; constitutional dirigisme; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como escopo precípua analisar as complexidades inerentes à ascensão e à concretização do dirigismo constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à sua materialização contemporânea por intermédio de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, temática esta de acentuada relevância quando inserida no contexto do neoconstitucionalismo pátrio, em que todas as atenções, sejam elas populares sejam



institucionais, encontram-se voltadas à atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário em razão do espraiamento de um receio espectral acerca do risco de transmutação de seu exercício regular à figura do ativismo judicial.

A corrente inquirição se utilizou da pesquisa teórica qualitativa e do método hipotético-dedutivo, o qual teve como componente primordial a pesquisa bibliográfica com substrato na doutrina, de modo a abranger autores expoentes em âmbito nacional e internacional, na jurisprudência e na legislação constitucional visando traçar uma perspectiva histórica acerca da postura assumida pelo Poder Constituinte emergente após o patente desinteresse com a real concretização da tutela de direitos inerente ao panorama do Estado de Exceção, o qual antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Analisou-se, com isso, a opção do Constituinte Originário pela elaboração de uma Constituição dirigente em contrariedade ao período imediatamente antecedente, o que fez por meio da verificação da necessidade de materialização de seus objetivos e finalidades, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, tendendo a depender fortemente de um Estado intervencionista apto a traduzir à realidade fática o sentido material da Carta, fato que encontra obstáculos perante o silenciamento perpetrado pelo legislador ordinário, principalmente no que tange a questões controversas nas quais o posicionamento pode acarretar ganho ou perda de votos.

Verificou-se, portanto, a impossibilidade de aceitação de um Poder Judiciário igualmente omissivo, tal qual o Poder Legislativo, sob risco de transformação da Carta Constitucional em mera promessa normativa, de modo que se exemplificou como as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal vêm atuando em favor da tutela dos direitos fundamentais, abrangendo, inclusive, direitos de minorias e grupos vulneráveis, sem se olvidar, contudo, dos desafios intrínsecos à busca da concretização do dirigismo constitucional.



1. ESTADOS DE EXCEÇÃO E A ASCENÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A repressão de direitos individuais, sociais e políticos durante os regimes de exceção foi responsável por instaurar um distanciamento entre o indivíduo e o Estado, no qual aquele passava a se subordinar a este mais uma vez na história, além de causar intenso desarranjo na organização entre os poderes, já que o Poder Executivo nesses sistemas angariava grande notoriedade em relação aos demais, principalmente diante da estruturação política que permitia com que, na época, as Forças Armadas exercessem influência direta sobre o referido poder, principalmente no que tange ao seu chefe, o Presidente da República (SCHWARCZ, 2015, p. 549).

Extraí-se deste panorama a conclusão de que a tão almejada harmonia sofria naquele período um agudo desequilíbrio, no qual as estruturas se embaraçavam e os limites se tornavam ainda mais tênues, sendo constantemente ameaçados. O contexto em questão passou a propiciar a instauração e a perpetuação de uma sistemática perigosa: deixava-se de lado a busca pela consagração do interesse público em prol da realização de objetivos setoriais, em especial, evidentemente, daqueles que ascendiam ao poder.

Com isso, verifica-se que o abismo institucional que assolava o Estado passou a gerar uma concepção difusa do que era público, de modo que o cidadão se via afastado da possibilidade de participar da organização estatal, direta ou indiretamente, separando-se bruscamente do ideal de Montesquieu, de acordo com o qual se espera o protagonismo do povo nos governos, já que dele emana o poder e, portanto, o referido povo deve fazer tudo aquilo que estiver ao seu alcance em prol da sociedade; entretanto, o autor pondera que, no que tange às matérias que se encontram fora da esfera de possibilidade de atuação direta do povo, a sua realização será pautada na ação de indivíduos nomeados como representantes. Conclui-se que o exercício desse poder deve se fazer presente de uma forma ou de outra (MONTESQUIEU, 1996, p. 20-21).

Distante da promessa participativa, esvaia-se qualquer garantia de que os direitos do povo supostamente soberano viriam a conseguir sua concretização no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela via legislativa seja pela via judiciária, eis que o desinteresse com a real concretização da tutela de direitos se mostrava como acessório



necessário ao panorama do Estado de Exceção. A situação era ainda mais grave no que tange aos direitos das minorias, frequentemente vistas como subversivas e, conseqüentemente, “inimigas” do regime.

Cumpra esclarecer que, ao tratar sobre o Estado de Exceção, Alarcón estabelece que na referida situação os agentes empenhados em propagar tal conjuntura se proclamam como protetores da normalidade constitucional, de modo que, segundo o autor, “a exceção confirma a Constituição, mas à vez a nega” (ALARCÓN, 2017, p. 153), sendo, portanto, de suma importância ressaltar sua elucidação acerca da temática:

Aganbem adverte que o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma dominante da política, permanecendo como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Seus sintomas mais comuns são a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra e a suspensão da Constituição ou das normas constitucionais que protegem as liberdades. Hodiernamente o uso comum pelo órgão executivo de promulgar decretos com força de lei em detrimento das competências do legislativo, primeiro sob o argumento de necessidades militares, próprias do fascismo – nas suas duas versões, italiana e alemã – e hoje com a desculpa de emergências econômicas, constitui uma das formas mais estendidas de exceção, que podem estar ou não consagradas nos textos constitucionais. (ALARCÓN, 2017, 152-153).

Frisa-se que a repressão operada pelos militares durante o decorrer de todo o supracitado período incidiu como chumbo na gangorra democrática, fornecendo substrato apto a hospedar uma estrutura completamente disfuncional e fora dos parâmetros de freios e contrapesos, fator que impossibilitava qualquer articulação da luta pela retomada de uma interpretação constitucional apta a verdadeiramente retomar a tutela de direitos.

Insta salientar, ainda, a título de elucidação, aquilo que já estava implícito nas linhas anteriores, isto é, que a repressão era institucionalizada (ARAUJO, 2013, p. 337), pois era exercida por desmembramentos do Estado de Exceção, os quais se aprimoraram no decorrer de toda a extensão da era ditatorial, entre eles se destacando o Departamento de



Ordem Política e Social (Dops), o Centro de Informações do Exército (CIE), o Centro de Informações da Marinha (Cenimar), o Centro de Informações de Saúde da Aeronáutica (Cisa), a Operação Bandeirante (Oban), Centro de Operações de Defesa Interna (Codi) e Destacamento de Operações de Informações (DOI) (SCHWARCZ, 2015, p. 562-563).

Sob a égide da conjugação entre a resistência à repressão político-social, as evidências acerca da farsa do apelidado “milagre econômico”, o desgaste do autoritarismo e a gradual queda da conveniência da permanência dos militares no poder, deixando-se claro que a referida conveniência deve ser interpretada no ponto de vista desses mesmos agentes, estruturaram-se as bases, entre meados de 1975 e de 1988, apesar de seu estopim em 1985, para a ascensão do período de redemocratização no Brasil, no qual se observa a gradual abertura para a instituição do Estado Democrático de Direito que consolidaria as bases da consagração da soberania popular dentro do ordenamento jurídico e do sistema como um todo.

Sobre o processo de redemocratização, pontuam-se os ensinamentos de Marilena Chauí e Marco Aurélio Nogueira:

Para o que pretendo aqui, pode-se fixar a redemocratização como um processo que, embora tenha começado logo nos meses que se seguiram ao golpe militar de 1964, conheceu um ponto de inflexão específico, a partir do qual encorpou e começou a se espalhar, comendo progressivamente o campo do adversário. Vamos circunscrevê-lo ao período que vai de 1975 – ano dramatizado pela morte de Vladimir Herzog – a 1988, quando se tem a nova Constituição. [...] Nosso paulatino distanciamento em relação ao regime ditatorial de 1964 não conteve somente redemocratização em sentido estrito. Ocorreram muitos outros processos e transformações ao longo desse período, e tais fatos, por sua vez, condicionaram a redemocratização, dialogaram com ela, de certo modo, determinaram-na e formataram-na. Justamente por isso, creio ser válido, e mesmo útil, aceitar uma distinção conceitual entre redemocratização e democratização, ou seja, admitir que a recuperação de um status anterior de vida democrática somente se efetiva quando se casa com a abertura de um ciclo superior de construção democrática. A destruição de uma ditadura, a rigor, só se completa quando se consegue dar início à edificação de um



regime firmemente comprometido com a democracia, legitimado socialmente e sustentado por uma cultura pública revigorada. (CHAUÍ; NOGUEIRA, 2007, p. 206-207).

Ressalta-se o entendimento de Ana Paula de Barcellos ao dispor que o conteúdo axiológico da Constituição contemporânea é responsável por garantir tal soberania, uma vez que é incorporada a proteção aos valores e opções políticas, à dignidade humana e aos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2005, p. 86), elementos aos quais é atribuída uma alocação no ordenamento jurídico que permite a tutela contra eventuais arbitrariedades do regime, cuidado plenamente justificado diante da circunstância que precedeu o delineado poder constituinte.

A necessidade de proteger direitos constitucionalmente consagrados encontra cooperação na perspectiva de concretização da teoria da separação do poder, conforme já reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão que acumula as funções de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e de Corte Constitucional, tendo o ministro Celso de Mello instituído que o estatuto político brasileiro “rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta”, devendo, portanto, os atos do Poder Público serem guiados com base na estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder (STF, MI 284, 1992), de modo a não repetir as dissonâncias perpetradas pelo regime que antecedeu a ascensão do Poder Constituinte originário.

Ao adentrar a análise da postura adotada pelo constituinte originário no contexto da ascensão da Carta de 1988, não há de se ignorar a necessidade de uma breve elucidação acerca do que seria propriamente o Poder Constituinte, para então viabilizar o reconhecimento de sua faceta originária. Por isso, em um primeiro momento, retoma-se a estruturação de tal conceito nas lições do abade Sieyès, que trouxe à tona, quando da tentativa de justificar a possibilidade de convocação pelo terceiro estado de uma Assembleia Nacional para renovar a Constituição Francesa (COSTA, 2011, p. 205), a distinção entre o poder constituinte e constituído, sendo o primeiro ilimitado e o segundo, contrariamente, restrito aos limites constitucionais estabelecidos (SIEYÈS, 2001, p. 51-53).



A distinção entre o Poder Constituinte e poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de Sieyès. O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles. Na verdade, a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição. [...] Salieta Sieyès, entretanto, que o Poder Constituinte não desaparece com sua obra realizada. Ele permanece depois dela. É isso o que se chama permanência do Poder Constituinte. [...] O estabelecimento de uma Constituição não esgota o Poder Constituinte da nação. Ela poder, sempre, refazer a Constituição, estabelecer uma nova Constituição. [...] No pensamento de Sieyès, significa que o Poder Constituinte da nação não está de modo algum limitado pelo direito anterior. Assim, o Poder Constituinte não tem que respeitar limites postos pelo direito positivo anterior. [...] Ainda outro aspecto presente no ensinamento de Sieyès é o de que o Poder Constituinte não pode sofrer qualquer condicionamento. É, portanto, um Poder incondicionado, o que quer dizer que a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização (FERREIRA FILHO, 2014, p. 33-35).

A ausência de limitação inerente à perspectiva de atuação do poder constituinte originário possibilita algo além da não restrição aos aspectos formais e teleológicos pretéritos ou imediatamente antecedentes: a sua negativa. Explica-se: a partir de uma nova Constituição, fruto do Poder Constituinte, vislumbra-se a possibilidade, ou ainda a oportunidade, de contrariar todos os desarranjos ou incorreções aferidas no regime que falhou com a sociedade anteriormente.

Ou seja, parece lógico e até mesmo próprio da sistemática de ilimitação do Poder Constituinte que uma Constituição promulgada após um Estado de Exceção se dedique de



forma extensa não apenas à listagem de direitos a serem tutelados, mas também de instrumentos aptos a garantir sua efetivação, sob risco de observar a repetição das mesmas mazelas deflagradas. Foi isso o que aconteceu com o último processo constituinte observado no Brasil. Em consonância com a lição de Ricardo Coelho, a convocação de uma Assembleia Constituinte sempre foi foco das reivindicações contrárias à ditadura militar, pois a ascensão de uma nova Constituição tende a ter espaço em circunstâncias “especiais”, o que, no caso brasileiro, seria a saída de um regime autoritário (COELHO, 1999, p. 103).

Ante o exposto em linhas anteriores, não é à toa que Inocêncio Mártires Coelho ousa ao chamar a Constituição Federal de 1988 de “Constituição-Resposta”, o que faz sob a justificativa de que a norma jurídica, de modo que não seria diferente com a norma fundamental, na maioria das vezes, representa uma resposta a um problema social identificado; com isso, perante o autoritarismo institucionalizado que precedeu sua promulgação, não surpreende o fato da Carta de 1988 se sobressair no que tange à sua extensão e abrangência temática, **O QUE SE ESTENDE NO DECORRER DE SEUS 250 ARTIGOS, ACRESCIDOS DE 138 ARTIGOS DOS ATOS DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E 136 EMENDAS CONSTITUCIONAIS.**

Delineados os elementos fundadores da “razão de ser” do Poder Constituinte emanado do seio da Constituição de 1988, urge a análise de seu conteúdo axiológico em prol da integral cognição acerca do dirigismo constitucional dele proveniente, cuja concretização reside no núcleo da corrente inquirição.

2. CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO E A CARACTERIZAÇÃO DA CARTA DE 1988 COMO DIRIGENTE

Antecede a reflexão acerca da caracterização da Carta Magna de 1988 como dirigente uma breve exposição acerca dos diversos conceitos de Constituição explorados no decorrer da história do constitucionalismo, adotando, para tanto, os pilares estabelecidos por Nelson Nery Junior e Georges Abboud quando da ponderação acerca das mais relevantes concepções sobre o tema, quais sejam: i) a Constituição material como



definidora da forma de Estado; ii) a Constituição material como conjunto de normas sobre fontes; iii) a Constituição como decisão política; iv) Constituição viva; v) a Constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade; vi) a Constituição enquanto expressão normativa de nível máximo; vii) a Constituição como força política; viii) a Constituição na Constituição; ix) a Constituição não oficial; x) a Constituição aberta a seus intérpretes e, por derradeiro, tema central desta pesquisa, xi) a Constituição dirigente (NERY JUNIOR; ABOUD, 2019, p. 97-108).

Ao tratar sobre a primeira categoria supramencionada, ou seja, a Constituição material como definidora da forma de Estado, o idealizador de tal conceituação, Rudolf Smend, estabelece a Lei Fundamental como elemento de “integração”, palavra-chave de sua teoria, pois vislumbra que o Estado não seria um todo estático, mas sim fruto de manifestações e forças sociais, as quais, segundo ele, constituiriam expressões de uma estrutura espiritual (SMEND, 1985, p. 62-63). Frisa-se que Fellet viabiliza o melhor entendimento da obra do referido autor a partir da interpretação da partícula nuclear de seu estudo – a “integração” – de forma a destacar que tal instituto poderia ser facilmente traduzido pela expressão “configuração da comunidade” (FELLETT, 2012, p. 6609-6610). Com isso, evidencia-se que, quando analisada sob o aspecto de definidora da forma de Estado, a Constituição se mostra como barreira eficaz perante “forças sociais em perpétua ebulição” (NERY JUNIOR; ABOUD, 2019, p. 98).

Pela perspectiva da Constituição material como conjunto de normas sobre fontes emanada dos estudos de Hans Kelsen, insta salientar que a Carta Magna figura verdadeiramente como uma lei fundamental, a qual, com a sua vigência, passa a reger a atividade legiferante, eis que se encontra inexoravelmente subordinada àquela, de modo que a própria Constituição estabelece as limitações impostas à liberdade do legislador (KELSEN, 2010, p. 92). A noção de Constituição trazida à tona neste âmbito perpassa pela previsão de que a norma constitucional se mostra apta a editar princípios relativos ao conteúdo das leis, arrolando, inclusive, direitos fundamentais, de modo que o seu conteúdo deve servir como guia ao processo legislativo (KELSEN, 2010, 95-97).



A análise da Constituição como decisão política remete à doutrina de Carl Schmitt, determinante para o desenvolvimento da Teoria da Constituição (BARACHO, 1978, p. 28), na qual o protagonismo é assumido pela “decisão”, não mais pela “integração” de Rudolf Smend, que, inclusive, **SOFREU COM DIVERSAS CRÍTICAS GUIADAS PELA CONCEPÇÃO DE QUE TAL ABORDAGEM NÃO MAIS TERIA LUGAR** no contexto pós-guerra (FELLET, 2012, p. 6615). A partir de sua teoria positiva, Carl Schmitt aduz à Constituição como um ato emanado de uma unidade política determinada (KLEIN, 2009, p. 142), configurando, portanto, uma decisão proveniente da nação, motivo pelo qual tal partícula configuraria elemento essencial na forja da ordem jurídica (SCHMITT, 2011, p. 66). Como bem relembra Tomás Wiecek, a teoria constitucional “schmittiana” fixa como ponto de partida da Constituição a materialização do Poder Constituinte, de modo que, apenas quando proveniente deste, vislumbra-se a sua legitimidade eis que fruto da vontade daquele e, com isso, uma decisão (WIECZOREK, 2022, p. 29-70).

A Constituição viva é utilizada por Riccardo Guastini como referência exatamente à possibilidade de interpretação concreta de uma Constituição escrita e, principalmente, à sua adequação à realidade, devendo-se salientar que a utilização do adjetivo “viva” na mencionada denominação se mostra proveniente da atividade interpretativa, altamente mutável a depende da conjuntura fática que a envolve (GUASTINI, 1999, p. 176). Por focalizar a relevância da questão interpretativa no âmbito constitucional e, de forma específica, quando da análise da Lei Fundamental em si, Guastini aprofunda seus estudos ao apontar duas categorias nas quais se pode compartimentalizar a referida atividade, sendo uma de interpretação, eis que rege toda e qualquer decisão legislativa, e a outra de sobreinterpretação, aduzindo à sua vinculatividade (SLONIEC; SPAREMBERGER, 2018, p. 28). A mero título de elucidação, uma vez que a presente não se enquadra como a classificação escolhida para nortear esta inquirição, Riccardo Guastini alerta para os riscos inerentes à interpretação, podendo, inclusive, incidir em uma Constituição inoperante (GUASTINI, 1999, p. 176).

A Constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade deriva dos ensinamentos de Konrad Hesse quando do exame da força normativa da Constituição,



trazendo à tona o entendimento da Carta Magna como elemento integrante de um sistema recíproco constituído pela Lei Fundamental e a realidade político-social (HESSE, 1991, p. 13). Tal condicionamento mútuo resulta em um panorama permeado pela consideração da Constituição como apta a espriar seus princípios diretivos pelo ordenamento jurídico eis que busca a realização dos ideais de ordem e conformação, concluindo-se: “ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” (HESSE, 1991, p. 15). Em decorrência do patente escopo organizacional, consigna-se que Hesse salienta o papel da Constituição na prescrição de condutas, objetivando a positivação e, conseqüentemente, a proteção de direitos fundamentais, tanto na esfera individual quanto coletiva (VAINER, 2007, p. 98).

Já a Constituição enquanto expressão normativa de nível máximo decorre da intelecção de Klaus Stern acerca do posicionamento das normas constitucionais no seio do ordenamento jurídico, atingindo-se a conclusão, como se extrai diretamente da denominação adotada pela conceituação em pauta, de que aquelas seriam normas jurídicas de nível máximo, isto pois são responsáveis pelo arrolamento e proteção de direitos fundamentais e, além disso, são encarregadas da previsão de princípios fundamentais, diretrizes, máximas de organização e deveres fundamentais (STERN, 1988, p. 265). Não à toa, tendo em vista o conteúdo narrado, sobre a Constituição enquanto expressão normativa de nível máximo, Sarlet afirma: “[...] podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente” (SARLET, 2009, p. 58-59).

A Constituição como força política advém da teorização de Carl Friedrich von Gerber a respeito dos princípios básicos do sistema de direito constitucional alemão, ocasião em que pondera sobre a legislação, o que inclui a Lei Fundamental, como um reflexo do ideal popular no que tange à finalidade do Estado naquele determinado momento histórico, de modo a abranger a mais variada gama de elementos inseridos no âmbito social, tais como família, igreja e comunidade (VON GERBER, 1869, p. 32). Por estar intimamente relacionado às demandas e às finalidades estabelecidas pelo povo em um determinado momento, o Estado, na obra de Carl Friedrich, passa a se adequar às restrições forjadas



no seio da Constituição e guiadas pelos aspectos culturais da nação (NERY JUNIOR; ABBOUD, 2019, p. 103). A Constituição como força política constitui argumentação que ganha força nesta vertente uma vez que o autor estabelece como fator de limitação da teoria do Estado a exclusão de aspectos puramente políticos e manutenção tão somente de aspectos jurídicos para análise (JACOBSON, 2002, p. 42).

Apesar da cognição acerca da tríada traçada por Pablo Lucas Verdú no que tange ao estudo da Constituição, ou seja, o conceito de Constituição, o conceito sobre Constituição e o conceito de Constituição na Constituição (NERY JUNIOR; ABBOUD, 2019, p. 104-106), opta-se, na presente inquirição, apenas pela breve elucidação acerca do terceiro pilar delineado, ou seja, o conceito de Constituição na Constituição, isto pois mencionada tese constitui capítulo importante para a história do constitucionalismo e, principalmente, para a retrospectiva propiciada no presente tópico a respeito de conceitos de Constituição; contudo, a sua exploração minuciosa incorreria no desvirtuamento do objeto do corrente estudo, motivo pelo qual não se realiza. Com isso, o conceito de Constituição na Constituição de Pablo Lucas Verdú concerne a uma realidade penetrada por exigências socioeconômicas, ideologias políticas e pela promessa de concretização da liberdade, igualdade e pluralismo político, não bastando, portanto, tão somente a contemplação de sua faceta formal (VERDÚ, 1994, p. 25).

Por outro lado, ao avaliar o constitucionalismo português, Paulo Otero discute o viés da existência de uma Constituição não oficial, fruto da conjunção entre doutrina e jurisprudência, a qual, apesar de derivada de fonte distinta das normas constitucionais oficiais, adquire igualmente posição reguladora, mesmo que pelo sentido interpretativo (OTERO, 2016, p. 209-210). Neste diapasão, o autor ressalta que a Constituição não oficial decorreria exatamente de uma prática informal, a qual ganha espaço perante o que denominou como “natureza subversiva do texto escrito” (OTERO, 2016, p. 27).

A Constituição aberta a seus intérpretes de Peter Häberle é proveniente do exame de duas problemáticas preexistentes, o questionamento sobre a finalidade da interpretação constitucional e sobre seus métodos, que vislumbram a possibilidade de superação de um modelo anterior no tocante aos participantes do processo de



interpretação, de modo a se exceder a sistemática de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta, ou seja, deixar-se-ia de lado a interpretação feita puramente pelas mãos dos juízes em prol da ampliação dos intérpretes (HÄBERLE, 2002, p. 11-13). Ao discutir a temática, Inocêncio Mártires Coelho relembra que, nesta hipótese, o perigo de que “a exegese constitucional poderá dissolver-se num grande número de interpretações e de intérpretes, instaurando-se uma babel hermenêutica que, inevitavelmente, comprometerá a unidade e a força normativo-agregadora da Constituição” (COELHO, 1998, p. 160).

Por derradeiro, alcança-se o ponto focal deste estudo: a Constituição dirigente. Adaptando a doutrina de Peter Lerche acerca do dirigismo à realidade portuguesa (BARCELLOS, 2018, p. 275), Canotilho caracteriza a Constituição dirigente como texto constitucional carregado de programaticidade, pautando-se no estabelecimento minucioso de objetivos de forma extensa e expressa no decorrer das normas contidas no seio do referido texto, à exemplo do que se verificou na Constituição Mexicana de 1918 e do que é patente na Constituição Federal de 1988, no Brasil (CANOTILHO, 2001, p. 08). A fim de contemplar o dirigismo que transpõe de forma tentacular a Carta de 1988, Canotilho ressalta diferentes categorias de normas constitucionais, quais sejam as normas-fim, normas-tarefas e imposições constitucionais, visando, portanto, a transformação por intermédio dessas normas (CANOTILHO, 2001, 08).

Objetivando a posterior compreensão a respeito das críticas que tal modelo tem sofrido nas últimas décadas, faz-se essencial, em um primeiro momento, entender o enquadramento da Constituição Federal de 1988 nos parâmetros estabelecidos pelos moldes doutrinários no tocante à Constituição dirigente (STRECK, 2018, p. 169). Em consonância com o exposto no item anterior, vislumbra-se a perspectiva de contrariedade assumida pelo Constituinte Originário em relação ao período imediatamente anterior, ou seja, àquele abalado pela ditadura militar, de modo que o núcleo da Lei Fundamental de 1988 foi plasmado sobre um substrato que almejava a fixação de um mínimo universal, próprio das democracias constitucionais.



[...] Referimo-nos ao que se pode denominar núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática. V. A ideia de uma teoria da Constituição adequada implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade, o que implica a necessária assunção de objetivos a serem perseguidos e concretizados por meio de ações estatais, as quais, com isso, passam a ser observadas, em sua constitucionalidade, pelos fins perseguidos, pelos meios utilizados e pela viabilidade dos instrumentos utilizados para tanto. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição e que indicam os fins a serem perseguidos por toda a atividade estatal em suas diversas esferas de poder, tanto na perspectiva da especialização de funções quanto na sua estrutura institucional que desenha a forma do Estado – o federalismo. Portanto, além de as funções do Estado estarem vinculadas a tais objetivos, estes devem ser perseguidos e concretizados em todos os níveis do Estado brasileiro – União, Estados e Municípios são responsáveis pela busca e concretização destes fins, constitucionalmente selecionados e positivados. (STRECK; MORAIS, 2018, p. 332).

Pontua-se que a extensão e a qualidade analítica do conteúdo axiológico da Constituição dirigente, em prol da materialização de seus objetivos e finalidades, tende a depender fortemente de um Estado intervencionista apto a traduzir à realidade fática o sentido material da Carta, sob risco de que esta passa a representar tão meramente instrumento de promessas sem possibilidade de realização. Por isso, neste mesmo



sentido, Bercovici alerta que o dirigismo não traçaria uma linha única de atuação política em favor de sua contemplação, de modo que a mera execução de preceitos constitucionais não seria suficiente, mas pelo contrário, a Constituição dirigente instaura “um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional” (BERCOVICI, 1999, p. 40).

Apesar do caráter dirigente supramencionado, apto a balizar períodos de exceção previamente verificados, há de se salientar que tal sistemática sofre com limitações, devendo-se lembrar os ensinamentos de José Afonso no sentido de que é passível de verificação uma tendência doutrinária moderna orientada pela perspectiva de reconhecimento da eficácia plena e da aplicabilidade imediata da maioria das normas constitucionais, tornando “cada vez mais concreta a outorga de direitos e garantias sociais das constituições” (SILVA, 2003, p. 88); entretanto, o autor compreende, posição adotada igualmente pela presente pesquisa, que a Constituição Federal deflagra vertiginosa inclinação à prática de atribuir ao legislador ordinário a “integração e a complementação de suas normas” (SILVA, 2003, p. 88-89).

A conjunção entre elementos tais como o dirigismo constitucional, o caráter analítico externalizado pelo extenso rol de direitos previstos expressamente, cuja violação se mostra mais evidente e a exigência de um Estado intervencionista apto a concretizar os fins e objetivos delineados, emerge a importância da consolidação da jurisdição constitucional no país (STRECK, 2002, p. 99-100), função exercida em âmbito nacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que, é claro, inclui suas diretrizes e parâmetros, como se passa a examinar.

3. CONCRETIZAÇÃO DO DIRIGISMO PELO STF E SEUS DESAFIOS

Em consonância com o exposto, faz-se de suma importância a análise da relação de dois elementos paradoxais que permeiam a democracia constitucional contemporânea, os quais, por vezes, interferem no pleno funcionamento um do outro: o dirigismo constitucional e a atribuição, pelo Constituinte Originário, do dever de complementação das normas constitucionais ao legislador ordinário.



A complexidade inerente à coexistência desses pilares deriva do fato de que o dirigismo constitucional por vezes traça objetivos e finalidades que só podem ser contemplados integralmente a partir da atividade do supramencionado legislador, o qual tende a proceder com a instrumentalização da omissão legislativa inconstitucional, principalmente em sua faceta parcial, na qual o legislador infraconstitucional se escusa do dever de legislar traçado em sede constitucional, com frequência desafiando ou, até mesmo, inviabilizando a concretização do princípio da isonomia, elemento que enseja prejuízo a minorias e grupos vulneráveis, neste contexto tidos como coletivos em situação de subordinação em relação àquele tido como majoritário, propiciando, assim, o seu processo de (re)marginalização.

Perante a tentativa de silenciamento perpetrado pelo legislador ordinário, principalmente no que tange a questões controversas nas quais o posicionamento pode acarretar o ganho ou a perda de votos, o fenômeno da mencionada (re)marginalização só pode ser balizado mediante a vocalização de tais setores sociais ou de seus representantes, na tentativa de denunciar o descaso sofrido de forma histórica e reiterada, não havendo de se cogitar a mera possibilidade da abstenção do Poder Judiciário perante tais reclamações, corroborando com a abstenção propagada no seio legiferante.

Em prol da concretização do dirigismo e de suas finalidades constitucionais no Estado Democrático de Direito, há de se mencionar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício da jurisdição constitucional, a qual se exemplifica a partir de três ações, duas delas do controle difuso de constitucionalidade e uma do controle concentrado, cujos julgamentos se tornaram emblemáticos na discussão acerca da remediação da omissão legiferante como elemento de violação dos princípios democráticos e dos valores constitucionais, entre eles, o dirigismo, ressaltando uma vez mais a inexorável hipertrofia do Judiciário perante a abstenção do Legislativo, na tentativa de impedir a perpetuação da violação de direitos de grupos vulneráveis, nestes casos, referindo-se à população LGBTQIA+. São elas: ADI n.º 4277/DF, ADO n.º 26 e MI n.º 4733.



Insta consignar que, no primeiro caso, julgamento da ADI n.º 4277/DF, que ocorreu de forma conjunta ao da ADPF 132-RJ, foi examinada a questão acerca da equiparação das uniões homoafetivas, tidas no acórdão como enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo com perdurabilidade o bastante para constituição de núcleo doméstico, às uniões estáveis, debatendo-se, assim, a norma exalada do dispositivo do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro que até hoje dispõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, evidenciando a redação normativa dada pelo legislador infraconstitucional apta a infringir o princípio constitucional da isonomia, eis que não abrange a relação entre pessoas de mesmo sexo e não edita novo dispositivo que o faça.

Na ocasião, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) se utilizou, nas palavras do relator Ministro Ayres Britto, da técnica da interpretação conforme à Constituição para solucionar a questão, excluindo do referido dispositivo eventual significado que viesse a balizar ou opor o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar ou família, de modo que a tais enlaces passaram a incidir as mesmas regras da união estável heteroafetiva, isto é, entre homem e mulher, cumprindo ressaltar a eficácia *erga omnes* da decisão bem como o seu efeito vinculante.

Segundo o exegeta, conforme se extrai do supramencionado acórdão, tal mecanismo é pautado no “descarte de qualquer intelecção desfavorecedora”, possibilitando, assim, o impedimento do descarte do texto constitucional, consequência da declaração de sua inconstitucionalidade, a partir da escolha entre plurais interpretações inerentes ao conteúdo normativo, de modo a preservar o texto (BRUST, 2009, 508), estratégia frequentemente empregada na mitigação da ruptura jurídica que é emanada do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, sem, entretanto, olvidar-se dos riscos de sua aplicação *in natura*, guiando-se, portanto, pela hermenêutica com o escopo de concretizar os direitos fundamentais das parcelas sociais deixadas à margem da atividade legiferante.



Examinado o primeiro dos exemplos trazidos à tona, opta-se por efetuar a análise da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733 de forma simultânea, uma vez que o presente estudo percebe tais casos como de complementariedade intransigente, isto pois ambos corroboraram de forma decisiva para o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo, técnica adotada pelo Poder Judiciário, na figura do seu órgão de cúpula, para buscar amenizar os drásticos efeitos da homofobia no Brasil, no qual, em 2017, segundo levantamento realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), 445 lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais foram mortos em crimes motivados por homofobia, representando 30% (trinta por cento) de aumento em relação ao ano anterior, 2016 (VALENTE, 2018).

Apesar dos números, verifica-se a perpetuação da inércia qualificada do Poder Legislativo no que tange à matéria, eis que há muito tem a oportunidade de aprovar lei com o escopo de criminalização da homofobia, ressaltando-se que a problemática reside exatamente na aprovação, já que existem múltiplos Projetos de Lei com tal finalidade (RODRIGUEIRO; PALUMBO, 2019, p. 72), panorama este que mais uma vez demonstra a hipertrofia do Judiciário não como um elemento descontrolado e de ascensão espontânea, mas sim como fruto da reiterada abstenção legiferante perante a contínua violação de direitos, sendo certo, para a presente pesquisa, que neste segundo ponto residem os sustentáculos para a propagação da desarmonia na separação do poder.

Uma vez explorado o panorama histórico-jurídico-social que deu ensejo às ações supramencionadas, ADO n.º 26 e MI n.º 4733, que possibilitou o enquadramento da homotransfobia no crime de racismo, faz-se de suma importância pontuar o entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do conceito de racismo, o qual permeia a fundamentação de ambos os acórdãos.

No MI n.º 4733 é deixado claro que o conceito de racismo passou por mutação constitucional, tido, mesmo em tal ocasião, como modificação informal da Constituição, isto pois, em 1989, a Lei do Racismo determinou a punição para atos de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo certo que à época que as vertentes de orientação sexual e identidade de gênero se encontravam ainda incipientes em território nacional, configurando evidente tabu naquele período.



Já no tocante à ADO n.º 26, aborda-se na elaboração do acórdão o conceito de racismo em sua dimensão social, extrapolando, assim, aspectos meramente biológicos ou fenotípicos, sendo de fato uma manifestação de poder apta a propagar “uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade” de modo a deixar tais indivíduos à margem do ordenamento jurídico uma vez que não compõem posição no grupo hegemônico da estrutura social, caracterização que encontra estrita semelhança à conjuntura às quais grupos vulneráveis, tais como a comunidade LGBTQIA+, são submetidos.

Evidentemente, tais julgamentos não foram isentos de críticas, trazendo à tona mais uma vez a problemática acerca do ativismo judicial e o receio referente a uma suposta atividade legislativa pelo Tribunal, desta vez em matéria penal; entretanto, apesar de tais apontamentos, insta salientar que a postura assumida pela Corte em tais ocasiões não é pautada na criação de condutas criminosas pela via judicial, na tipificação por analogia e nem mesmo na analogia *in malam partem*, todas hipóteses violadoras dos princípios penais, mas tem como cerne a reinterpretação do conceito de racismo, de modo que, conforme afirma o próprio STF no acórdão do Mandado de Injunção analisado, “o âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes”.

Por não terem sido objeto de criminalização específica, frisa-se, uma vez mais, que o presente estudo não compreende pela tomada da atividade legislativa pelo Judiciário quando examinada a matéria de discriminação e preconceito em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero, isto pois se limitou a atenuar o vazio legislativo que impede a efetividade da norma constitucional, principalmente tendo em vista que a temática é tratada no âmbito das Casas Legislativas desde 1997, sem qualquer perspectiva de solução, prorrogando de forma reiterada a violação dos direitos desta minoria; cumpre salientar, por derradeiro, que o posicionamento assumido pela Corte sequer inviabiliza que o Congresso Nacional cumpra com o seu dever de legislar, devendo-se pontuar que tal atitude é estimulada no decorrer do acórdão.



Pondera-se, ainda, que a tratativa de questões relevantes à tutela jurisdicional de minorias e grupos vulneráveis pela referida Corte Constitucional vai além das matérias relacionadas à comunidade LGBTQIA+, a exemplo do ocorrido no caso da demarcação da Raposa Serra do Sol e do Marco Temporal, relacionados aos povos indígenas, como se passa a explorar. No primeiro, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a Petição n.º 3388, ajuizada pelo senador Augusto Affonso Botelho Neto e a partir da qual se questionava a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, e se pleiteava a nulidade da Portaria n.º 534 do Ministro da Justiça, que definia os limites da Reserva e, em seu artigo 1º, declarava as terras de posse permanente dos grupos indígenas que viviam na região, quais sejam: Ingarikó, Macuxi, Taurepang e Wapichana.

Apesar do intuito de nulidade que pautou a judicialização da problemática, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso no caso e se pautando no direito dos povos originários às suas terras, estas imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, segundo o artigo 231, §4 da Constituição, determinou a validade da Portaria n.º 534 do Ministro da Justiça e do Decreto Presidencial de 15 (quinze) de abril de 2005, além de firmar entendimento no sentido da caracterização da área como terra indígena, para os fins dos artigos 20, XI, e 231 da Constituição, o que torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, prevista no artigo 231, § 6º da Carta. Com isso, a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol foi fixada, inviabilizando seu questionamento em sede de novos processos, e os ocupantes não indígenas passaram a ser retirados do local.

Assim como na ocasião do julgamento da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733, a decisão proferida no âmbito **DA PETIÇÃO N.º 3388 SOFREU SEVERAS CRÍTICAS, EM ESPECIAL PELO FATO DE QUE O ACÓRDÃO EXARADO POSSUÍA**, em seu dispositivo, a adição de 19 (dezenove) cláusulas condicionantes para a demarcação, motivo pelo qual muitos passaram a classificar tal conteúdo decisório como sendo uma sentença aditiva do Supremo Tribunal Federal (MALUF, 2018, p. 1264), espécie de sentença manipulativa classificada como técnica de exteriorização do perfil contramajoritário das Cortes, isto



pois, apesar da abstenção do legislador, o STF se vale do argumento da existência prévia de norma, tendendo a conformar o texto legal às garantias dos direitos fundamentais previstas em sede constitucional.

No Recurso Extraordinário n.º 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031), o Supremo Tribunal Federal analisou dilema intimamente relacionado com o impasse da Reserva Raposa Serra do Sol, o Marco Temporal, tese jurídica estruturada sobre a percepção de que os povos indígenas teriam direito tão somente às terras ocupadas ou disputadas em 05 (cinco) de outubro de 1988, promulgação da Constituição Federal. Em contrariedade a tal tese, a Corte Constitucional definiu que a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 (cinco) de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, o que contempla, inclusive, a dificuldade probatória relacionada à ocupação ou à disputa àquele momento.

Com isso e perante todo o conteúdo da corrente pesquisa, parece evidente que constituições tais como a brasileira de 1988, consagradas em momentos pós-ditaduras ou períodos marcados pela perene violação de direitos, tendem a assumir a postura analítica, permeadas pelo dirigismo, a fim de balizar as mazelas que as precederam, de modo que trazem um maior catálogo de direitos previstos de forma explícita, tendo como consequência o aumento da probabilidade de sua violação (TAVARES, 2009, p. 170); entretanto, pondera-se que em ocasiões nas quais a Corte parte em defesa de tais direitos, efetivamente violados ou sob tal risco, perante o silenciamento voluntário e autônomo do Poder Legislativo, não haveria de se falar em ativismo judicial, receio espectral que na doutrina contemporânea ronda os estudos do direito constitucional.

A presente inquirição não se olvida da ausência de infalibilidade na tomada de decisões pelo órgão de cúpula, que agindo no papel de guardião da Constituição já encontrou contradições internas na matéria de tutela de direitos e princípios constitucionais, de modo que, inclusive, corrobora com a ideia de Nascimento no sentido de que “é preciso pensar em outra opção de segurança democrática para as minorias sem



que se deposite uma fé irrestrita na atuação das Cortes Constitucionais” (NASCIMENTO, 2020, p. 120).

Entretanto, não deixa de pontuar que tal alternativa ainda não foi vislumbrada, ao menos não de maneira factível, implicando na conclusão de que a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos como os descritos no estudo, com o escopo de tutelar grupos vulneráveis, aparece como materialização do empenho em favor da concretização do ideal de dirigismo constitucional que guia os objetivos da Constituição, que frequentemente é deixado desamparado pelo Legislativo a partir da instrumentalização de sua inércia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de apurar uma conclusão, passa-se às considerações finais com escopo de concretizar a ratificação das ideias desenvolvidas durante a inquirição, apesar de não haver pretensão de exaurir o vasto campo enfrentado, isto pois a questão que orbita ao redor da concretização do dirigismo constitucional configura caleidoscópio jurídico que não abarca uma única faceta, de modo que se optou pela análise acerca da evolução na tutela dos direitos fundamentais, em especial em comparação ao período de Estado de Exceção que a antecede, bem como seu papel como bússola para a postura decisória pátria.

Pautando-se no ponto de partida responsável por fixar o Estado de Exceção como momento crítico do distanciamento entre o indivíduo e o Estado, notou-se no Constituinte Originário a possibilidade, ou ainda a oportunidade, de contrariar todos os desarranjos ou incorreções aferidas no regime que falhou com a sociedade anteriormente a fim de que as mazelas da ditadura não se repetissem no seio da nova Constituição, ponto de virada na tutela de direitos fundamentais.

A opção pela adoção do caráter dirigente para a Constituição Federal de 1988 implicou em um texto carregado de programaticidade, pautando-se no estabelecimento minucioso de objetivos, os quais, por vezes, passam a depender da atividade complementar do supramencionado legislador, o qual tende a proceder com a



instrumentalização da omissão legislativa inconstitucional, fortemente influenciada pela reafirmação das classes políticas dominantes por meio de negociações internas de dirigentes, proporcionando a sobreposição das forças políticas sobre a concreção do interesse público, fazendo com que seja percebida uma clara cisão social, deixando, mais uma vez, à margem aqueles que compõem grupos historicamente vulnerabilizados.

Em face da reiterada negligência, deflagra-se, por meio dos julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e utilizados como exemplos, a oportunidade de serem levadas a debate temáticas controversas e sensíveis, holofote este que tenta ser balizado na omissão legiferante como forma de propagação dos aspectos de invisibilidade perante o ordenamento jurídico brasileiro e demais cidadãos, problemática a qual tende a implementar a tentativa de desnaturação do indivíduo e reconhecimento como igual diante dos demais, tornando evidente que a oportunidade de trazer luz a tais tópicos por meio do debate judicial atua como meio de resguardar a dignidade humana, princípio norteador do ordenamento jurídico, ressaltando-se, neste sentido, o cidadão como titular da tutela resguardada pelo Estado, alocando-se, dentre os comandos constitucionais, aquele utilizado com o fim de consolidação das diretrizes de interpretação do conjunto sistêmico de regras do direito.

Portanto, conclui-se que, no que tange ao objeto do presente estudo, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando papel essencial na concretização do dirigismo constitucional, especialmente no que tange aos direitos de minorias e grupos vulneráveis, fato que não o isenta de severas críticas e ataques, a exemplo do que foi citado no caso da ADO n.º 26, do MI n.º 4733 e da Petição n.º 3388. Outrossim, vislumbra-se que não há de se admitir uma “diminuição” da atividade de jurisdição constitucional tão somente para se tornar compatível àquilo que é oferecido pelo legislador infraconstitucional, devendo-se ter como guia a concretização do dirigismo constitucional e, conseqüente, da própria Constituição.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao Direito Público da contemporaneidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

ARAUJO, Cicero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, v. 88, p. 327-380, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 15, n. 58, abr./jun. 1978.

BARCELLOS, Ana Paulo de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 507-526, jul./dez. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CHAUÍ, Marilena; NOGUEIRA, Aurélio Nogueira. O pensamento político e a redemocratização do Brasil. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, v. 71, p. 173-228, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.



COELHO, Ricardo Correa. **Partidos políticos, maiorias parlamentares e tomada de decisão na constituinte**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Revista Teoria & Sociedade**, v. 1, n. 19.1, 2011.

FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamentais como “ordem objetiva de valores”. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, ano 1, n. 11, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n. 1, p. 161-176, 1999.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkley: University of California Press, 2002.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Direito Público**, [S. l.], v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>. Acesso em: 17 jul. 2024.

KLEIN, Joel Thiago. A teoria da democracia de Carl Schmitt. **Princípios**, Natal, v. 16, n. 25, p. 139-156, jan./jun. 2009.

MALUF, André Luiz. Omissão legislativa inconstitucional e a tipologia das sentenças aditivas: novas reflexões à luz do direito italiano. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 4, n. 6, p. 1243-1276, 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.



NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **A democracia crítica como superação do risco de *backlash* em face do reconhecimento das uniões homoafetivas:** o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro:** curso completo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português:** identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2016.

Portaria do Ministério da Justiça demarcou terra indígena em 2005. **Supremo Tribunal Federal**, 2008. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=95028#:~:text=Portaria%20do%20Minist%C3%A9rio%20da%20Justi%C3%A7a%20demarcou%20a%20reserva%20ind%C3%ADgena%20em%202005&text=Em%20abril%20de%202005%2C%20e%20excluem%20dela%20algumas%20%C3%A1reas>. Acesso em 30 jul. 2024.

RODRIGUEIRO, Daniela A.; PALUMBO, Lívia Pelli. A homotransfobia como crime de racismo social e o julgamento da Suprema Corte brasileira. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Belém, v. 5, n. 2, p. 60-79, jul./dez. 2019.

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

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre.** München/Leipzig, Duncker & Humblot. Citado por la traducción castellana (excepto cuando se consigna lo contrario) de Ayala, Francisco: *Teoría de la Constitución.* Madrid, Alianza, 2011.

SCHWARCZ, Lilia M.; Starling, Heloisa M. **Brasil:** uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa:** qu'est-ce que le Tier État. 4^a ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SLONIEC, Andressa; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Traços caracterizadores do constitucionalismo contemporâneo: um debate sobre neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 20-37, jan./jun. 2018.



SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la Republica Federal de Alemania*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 261-277, set./dez. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Artigo 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 7, p. 167-181, abr./jun. 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassalle. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 10, p. 91-100, jul./dez. 2007.

VALENTE, Jonas. Levantamento aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>. Acesso em: 20 nov. 2022.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución: la Constitución como norma y como integración política*. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 83, p. 09-28, jan./mar. 1994.

VON GERBER, Carl Friedrich. **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**. 2. ed. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1869.

WIECZOREK, Tomás. Carl Schmitt, amigo de Weimar. *Notas en torno a la Verfassungslehre como teoría y doctrina de la constitución*. **Isonomía**, México, n. 56, p. 29-70, 2022. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182022000100002&lng=es&nrm=iso. Ac