

A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E MEIOS APTOS DE SUA EFETIVAÇÃO, HANS KELSEN: FRONTEIRAS DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL

MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE DOS SANTOS

PROFESSORA LIVRE DOCENTE EM DIREITO PENAL PELA USP, PROFESSORA DOUTORA EM FILOSOFIA DO DIREITO PELA PUC-SP, MESTRE EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS PROFESSORA DO PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO E DOUTORADO), DA PUC-SP, COORDENADORA DO NÚCLEO DE PESQUISAS EM PERCEPÇÕES COGNITIVAS NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA, DA PUC-SP. ADVOGADA

MARILENE ARAUJO

DOUTORANDA EM FILOSOFIA DO DIREITO PUC/SP. MESTRA EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA PUC/SP. ESPECIALISTA EM PROCESSO CIVIL PELA ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEMBRO DO IBDC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. MEMBRO DO GRUPO DE PESQUISAS PERCEPÇÕES COGNITIVAS NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA, DA FACULDADE DE DIREITO PUC-SP. ADVOGADA.

RESUMO: Este artigo pretende examinar a denominada *Justiça Constitucional* e os meios aptos para a sua efetivação. Baseia-se nas obras fundantes de Hans Kelsen e em estudo de caso demandado no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que se apresente como fronteiras de violação constitucional. A metodológica empregada foi a Tópica, forma aristotélica filosófica de pensar através de problemas em busca de decisões justas.

PALAVRAS CHAVE: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL; FRONTEIRAS INTERDISCIPLINARES DO DIREITO; RAÇA E RACISMO; LIBERDADE RELIGIOSA

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND MEANS SUITABLE FOR HIS EFFECTIVENESS, HANS KELSEN: BORDERS OF CONSTITUTIONAL VIOLATION

ABSTRACT: This article discusses the denominated Constitutional Justice and the means apt for its effectiveness. It is based on the founding works of Hans Kelsen and on case studies demanded by the Brazilian Federal Supreme Court, which present themselves as borders of constitutional violation. The methodological employed was the Topical, Aristotelian philosophical way of thinking through problems in search of just decisions.

KEY WORDS: CONSTITUTIONAL JUSTICE; INTERDISCIPLINARY FRONTIERS OF THE LAW; RACE AND RACISM; RELIGIOUS FREEDOM

1. INTRODUÇÃO

CONSTITUIÇÃO- A ideia de um princípio supremo, que determina a ordem estatal em sua totalidade e essência da sociedade constituída por essa ordem, é a base de nosso artigo. Esse princípio expressa juridicamente o equilíbrio das forças políticas do momento, uma norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais em execução das quais atuam os órgãos estatais- tribunais e autoridades administrativas. De sua estabilidade depende a orientação e os limites para o conteúdo das leis. Assim sendo, as garantias da Constituição são meios de evitar leis inconstitucionais, como também os atos individuais a ela subordinados. Valendo-se da ideia de forma constitucional, a ideia de Constituição passa a abranger os princípios relativos ao conteúdo das leis, pelo que se designa simplesmente a enumeração de direitos fundamentais.

Hans Kelsen, ao colaborar com a redação da Constituição da Áustria, outorgada em 1º de outubro de 1920, país onde um órgão judicial competente e único: a *Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof)* foi criada, segundo um modelo exclusivo de *controle concentrado*, para anular atos inconstitucionais, mostra que “ *a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais.*” Ressaltando que, a “*função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder*”, e que uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é, plenamente obrigatória no sentido técnico. Baseado no seu estudo, serão examinados, à título de exemplo, casos apresentados ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro que possibilitem demonstrar a existência de *Fronteiras* de violação constitucional.

2 A CONSTITUIÇÃO E OS MEIOS DE TUTELA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

GARANTIAS são empregadas para proteger a Constituição, podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas.

- a) As garantias preventivas tendem a prevenir a elaboração de atos irregulares. As repressivas reagem contra ato irregular já realizado; tendem a impedir a sua reiteração, reparar o dano por ele causado e, eventualmente, substituí-lo por um ato regular.

b) As garantias objetivas, dotadas de acentuado caráter repressivo, são a nulidade ou a anulabilidade do ato irregular.

A *garantia constitucional* é, de todas as hipóteses de garantia da regularidade, aquela em que se encarrega da anulação dos atos irregulares, o próprio órgão que os produziu. Anular uma lei equivale a ditar uma norma geral: a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo e, portanto, uma função legislativa.

A expressão *divisão de poderes*, mais fiel que *separação de poderes*, traduz a repartição do poder entre vários órgãos, antes para que se controlem uns aos outros do que para isolá-los uns dos outros- o que ameaçaria a democracia- como também para assegurar a regularidade do funcionamento dos diversos órgãos. Logo, o órgão encarregado de anular as leis inconstitucionais pode ser um Tribunal.

Historicamente, o Estado tende a chamar a si a *jurisdição*. Nos últimos séculos atinge-se a especialização da função jurisdicional, como função do Estado. Criam-se os tribunais, como órgãos imparciais e especializados, incumbidos dessa função.

2.1. JURISDIÇÃO, etimologicamente, designa a tarefa de *dizer o Direito*. A essa acresceria, segundo outros, a função de executar ou tornar *efetivo* esse direito.

A *garantia jurisdicional* da Constituição, isto é, a *Justiça Constitucional* é para o clássico jusfilósofo Hans Kelsen,

“um elemento do sistema de medidas técnicas que visam assegurar o exercício regular das funções estatais. Tais funções possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de Direito, i.e., de normas jurídicas, ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas já estatuídas. Consequentemente, costuma-se distinguir duas classes de funções do Estado: a legiferação e a execução. Esta distinção opõe a criação ou produção de Direito à aplicação desse, considerada mera reprodução”.

Em exame mais apurado, verifica-se que legiferação e execução são duas etapas hierarquizadas do processo de criação do Direito e, também duas etapas intermediárias, onde o Direito regula sua própria criação, como um subsistema funcional fechado e autopoético, isto é, se auto produz (LUHMANN- MATURANA). Através dele o Estado se cria e se recria constantemente. A circularidade do direito, é assim afirmada. O Direito, ao longo de seu percurso entre a Constituição e os atos de execução material (*Vollstreckungsakte*), vai continuamente se concretizando. A Constituição, a lei, o

regulamento são normas jurídicas gerais, mas o julgamento e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.

2.2 CONSTITUIÇÃO

A constituição, para Kelsen, é “o fundamento do Estado e a base do ordenamento jurídico” Aqui há lugar ao princípio “que expressa juridicamente as forças políticas em um determinado momento”.

A constituição é a norma que traça e regula os parâmetros da elaboração das leis, das normas gerais de execução - por onde se exerce as atividades dos órgãos estatais, como os tribunais e a administração pública. Nas palavras do jurista austríaco:

“a constituição é, pois a base indispensável das normas jurídicas que regulam a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como daqueles que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a forma como estes órgãos haverão de proceder. É dizer, a constituição é o assento fundamental do ordenamento estatal”. (KELSEN, 2008).

A importância da constituição frente ao sistema jurídico e ao sistema político é explicitada por vários autores, a partir dos conceitos atribuídos por eles ao texto maior. Sem dúvida, a constituição traz o fenômeno da *constitucionalização do poder*. Para Konrad Hesse, a constituição é “a ordem jurídica fundamental da comunidade”. Já Canotilho considera que a “constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político”.

A Constituição, para Luhmann, é a forma que, mediante o sistema jurídico, rege própria autonomia do Direito. O Direito é a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito. A constituição conduz ao acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político.

Neste sentido, Niklas Luhmann traz a conceituação da constituição.

“O conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles.”

Ao mesmo tempo, ela produz a unidade do Direito a partir da diferenciação do direito constitucional e do outro direito. É a unidade do Direito codificado em lícito/não lícito.

2.2 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A palavra *justiça é equívoca*. Significará por vezes a atividade dos tribunais e também, abrange outros órgãos que com aqueles cooperam. Foi tida como *atributo divino* e, é frequentemente encarada como *virtude total*, a soma de todas as virtudes. Também se afirma desde os gregos que *justiça é igualdade*. Na realidade, as dificuldades derivam de a justiça ser na sua essência um valor. De fato, princípios fundamentais do direito deverão incorporar as valorações à luz da justiça.

As leis arguidas de inconstitucionalidade são o principal objeto da *Justiça constitucional*. Esse poder de verificação da jurisdição constitucional deve ser exercido em todos os atos que pretendem valer como leis, mas não são leis, por falta de qualquer requisito essencial, desde que não eivados de nulidade absoluta, bem como no caso de atos que não pretendem ser leis, mas deveriam sê-lo, nos termos da Constituição. A competência da jurisdição constitucional não deve limitar-se ao controle de constitucionalidade das leis.

3. QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?

Debate ocorrido durante os anos 30 do século XX, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, consiste em determinar quem é o *guardião da constituição*. Em 1931, Schmitt escreve o livro “*O guardião da constituição*”. Logo em seguida, é a vez de Kelsen dissertar, em sua obra, “*Quem deve ser o guardião da constituição?*”.

Em termos simplórios, pode-se dizer que Kelsen considera que o guardião da constituição deve ser um Tribunal de Justiça Constitucional, enquanto Schmitt considera que o guardião é o presidente.

Enquanto para Kelsen a constituição é uma norma cuja existência e validade apoia todo o ordenamento jurídico, de forma escalonada, sendo ela a própria “garantia de paz política no interior do Estado”; Schmitt considera que a constituição é uma decisão política, ou seja, consiste em um elemento de pura decisão, sem derivação normativa. Para ele, a solução de Kelsen traz uma “*politização da justiça*” mais do que a “*judicialização da política*”.

Cabe esclarecer que, segundo Schmitt, a constituição dispõe sobre a existência política do Estado, sendo forma de unidade política. Ainda, Schmitt distingue a

constituição - entendida como uma decisão sobre a existência política de um Estado, como sendo forma substancial da unidade – da lei constitucional.

Esta última (a lei constitucional) é uma simples realização normativa, que pressupõe a constituição política como seu fundamento. Assim, apenas em países, chamados pelo autor de Estados de jurisdição - onde não existem normas que obriguem o juiz, no sentido existente em outros países denominados de Estado legislativo - é que se pode falar em tribunal constitucional¹.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, em 1803, ao decidir sobre o caso *Marbury v. Madison* torna totalmente possível o controle jurisdicional dos poderes políticos em face de uma lei fundamental, a constituição. O celebrado caso ocorre no século XVII, quando Thomas Jefferson derrota, nas eleições presidenciais, John Adams.

O grupo derrotado (federalistas) decide dificultar a vida do grupo vencedor (democrata-republicano) e tenta manter o controle do Estado. Para tanto, aprova e sanciona uma nova lei judiciária, que cria inúmeros cargos de juízes.

John Adams nomeia vários juízes na véspera da posse de Thomas Jefferson, que são apelidados de “*juízos da meia noite*”. É nomeado para juiz de paz do Distrito de Colúmbia, William Marbury. Entretanto, depois o secretário de Thomas Jefferson, James Madison, seguindo as instruções do novo presidente, se nega a dar posse ao recém-nomeado juiz Marbury.

O recém-nomeado juiz requer um *writ* junto a Suprema Corte exigindo a sua diplomação e a sua posse. O caso é relatado pelo presidente da Suprema Corte John Marshall.

¹ En un Estado de jurisdicción (como los Estados Unidos) puede existir una Corte de Justicia como guardián de la Constitución en la medida que no existen normas que obligen al juez a subordinar su decisión. Por el contrario, en un Estado legislativo no puede haber «justicia constitucional», ya que la justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que le dicta el Parlamento, a las cuales está subordinada. En un Estado legislativo, por tanto, sería el Parlamento el guardián de la Constitución, en tanto representante de la unidad de la nación frente al monarca, y la defensa de la Constitución se realiza frente a los eventuales abusos del Ejecutivo. HERRERA. Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. Disponível em <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/> Acessado em 30/03/2019.

O Tribunal decide evitar o confronto com o Poder Executivo. Afirma o Tribunal que Madison comete ilegalidade ao negar a posse a Marbury e que o instrumento hábil para combater tal ato é o *writ*.

Entretanto, a constituição delimita as competências originárias da Suprema Corte e o rol de competência não estabelece a competência à Suprema Corte para conhecer originariamente *writ*.

Deste modo, as competências da Suprema Corte não podem ser modificadas por uma lei. No caso em comento, a lei judiciária, datada de 1789, em seu artigo 13, confere ao Supremo Tribunal a competência originária para conhecer ordem de *mandamus*.

A Suprema Corte decide que *uma lei que repugna à Constituição é nula*². Este é o primeiro caso jurisprudencial nos Estados Unidos que traz o controle de constitucionalidade da lei e a supremacia da constituição.

5. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A constituição brasileira dispõe sobre o controle de constitucionalidade por via difusa e concentrada. O controle difuso é exercido por todo o Poder Judiciário. Neste caso, qualquer parte no processo ou interessado pode arguir a inconstitucionalidade, sendo que a decisão que declara o ato normativo inconstitucional surte efeitos apenas para o caso concreto do objeto da demanda.

O caso concreto discutido por via difusa pode ser discutido no âmbito do Supremo Tribunal Federal quer seja em razão de competência originária, quer seja por meio de recurso, sendo necessária a maioria absoluta dos membros do Supremo ou dos órgãos especiais.

5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A constituição prevê a possibilidade de três tipos de ação direta de inconstitucionalidade, a genérica, a por omissão e a interventiva.

² “Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument” WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON, Secretary of State of the United States. Supreme Court of the United States 5 U.S. 137 february, 1803. Disponível <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>. Acessado em 29 de março de 2019.

5.1.1 Ação Direta de inconstitucionalidade genérica

O objeto da ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade são as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias³, leis delegadas, decretos legislativos, decretos do executivo que ratificam os tratados e convenções, e resoluções, os atos do Poder Executivo, regimentos internos dos Tribunais e das Assembleias Legislativas, constituições e leis estaduais ou do Distrito Federal. No caso do Distrito Federal, estão excluídas do controle as leis cujo conteúdo seja pertinente ao exercício de competências atribuídas ao município.

São considerados atos normativos aqueles editados por pessoas jurídicas de direito público, normas de caráter autônomo, decreto⁴ e pareceres⁵ da Consultoria Geral da República que são devidamente aprovados pelo Presidente da República.

A ação direta de inconstitucionalidade possui conteúdo declaratório, sendo que a competência para processar a ação direta de inconstitucionalidade é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

5.2 O controle de inconstitucionalidade por omissão

O controle de inconstitucionalidade por omissão pode ser suscitado quando não houver elaboração de atos legislativos ou normativos, impossibilitando o cumprimento de preceitos constitucionais. O controle pode eventualmente alcançar o poder regulamentar de autoridade administrativa, quando a lei determina a realização do ato, necessitando do mesmo para ser aplicada.

A decisão que julgar a ação de inconstitucionalidade por omissão não poderá editar o ato normativo, sob pena, de violação ao princípio da separação dos poderes,

³ Não prejudica a ação quando a medida provisória é convertida em lei sem alteração. Quando há alteração na conversão da medida, não pode haver aditamento à inicial. Pode haver aplicação de procedimento sumário.

4ADI 2155 - Ação Direta de inconstitucionalidade. Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a articulação de não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de decreto autônomo 15/02/2001

5ADI 460/DF. Rel Sepúlveda Pertence, FJ de 10-5-1991.

podendo o Poder Judiciário determinar prazo para adoção de providências, conforme determina o artigo 103, parágrafo 2º da Constituição⁶.

5.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A Constituição prevê situações em que poderá haver intervenção da União nos Estados e Distrito Federal para assegurar a observância dos princípios constitucionais referentes à forma da república, ao sistema representativo, ao regime democrático, aos direitos da pessoa humana, à autonomia municipal, à prestação de contas da administração, à aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção do ensino e saúde. São estes os considerados princípios sensíveis.

Assim, diante de ato que viole os princípios sensíveis, o Procurador geral da República ingressa com representação. O STF se entender que há os pressupostos, solicita que o Presidente da República realize a intervenção. A constituição, em seu artigo 36, III, fala em representação, porém parte da doutrina entende que é uma verdadeira Ação de controle de normas frente à constituição.

5.3 Ação declaratória de constitucionalidade –(ADECON)

A referida ação foi prevista a partir da emenda constitucional 03/93. O objeto são as leis e os atos normativos federais e estaduais e o seu pressuposto é a ocorrência de controvérsia judicial, (art. 14, III, da lei 9868) sobre a constitucionalidade de determinada norma. A competência para processar e julgar é do STF, sendo que os legitimados são os mesmos da ADIN.

Na ADECON não há a intervenção do Advogado Geral da União, entretanto, é obrigatória a intervenção do Procurador Geral da República, por força do disposto no parágrafo 1º, do art. 103 da constituição. Os efeitos da sentença proferida, em sede de ADECON, são os mesmos que da ADIn.

A necessidade da controvérsia se demonstra em razão da segurança jurídica, bem como em razão da própria presunção de constitucionalidade da lei. A grande

⁶ § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

quantidade de ações no âmbito do poder judiciário traz incerteza e insegurança em relação à lei e coloca a própria atribuição do legislativo em constante contingência.

É para amenizar os efeitos de tal situação que a ação de declaração de constitucionalidade pode ser manejada, sendo, portanto indispensável para que a ação seja conhecida se demonstre a controvérsia em relação à lei⁷.

5.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) está prevista no parágrafo 1º do art. 102 e regulamentada pela lei 9.882/99. A constituição assim dispõe: § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A lei 9882/99, ao seu turno, estabelece que “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”

O legislador ordinário inovou ao estabelecer uma nova modalidade de arguição de inconstitucionalidade prevista no parágrafo 1º do artigo 1º da lei, criando uma arguição incidental não prevista na constituição.

Em relação ao preceito fundamental, em razão de inexistência de explicação legislativa, a construção assim é interpretativa. O preceito fundamental seria os fundamentos de uma constituição, sendo aquelas normas imprescindíveis ao conteúdo de uma constituição, ou seja, a estruturação do Estado, (federalismo e princípio republicano), a divisão e atribuição de poderes, os direitos fundamentais (SERRANO, Vidal : 2012).

O STF já decidiu que a ação pode ter por objeto atos normativos ou não de efeitos concretos ou singulares, incluso decisões judiciais, (STF ADPF 101), atos ou leis pré-constitucionais, leis já revogadas (STF ADPF 33). No mais, já se decidiu a

⁷ Há críticas na doutrina em relação a ADECON pelo fatos de se tratar de processo unilateral, da desnecessidade do instituto porque as leis gozam de presunção de constitucionalidade e pelo fato de vincularem os juízes.

possibilidade para viabilizar a concretização de políticas públicas previstas na constituição (ADPF 45).

6. CONSTITUCIONALIDADE, EFETIVIDADE E QUESTÕES CONTROVERSAS

“Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos Tribunais não pode ser outra coisa senão a própria Lei” (ROBESPIERRE, 1790).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, moldado em 1891 com base no sistema americano, aperfeiçoou-se com o tempo, expandindo-se com medidas de natureza ou efeitos coletivos. Quase um século mais tarde, a Constituição de 1988, transformou a *representação de inconstitucionalidade* em *ação direta de inconstitucionalidade*, meio para o controle abstrato de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigos 102-I- e 103), a ser exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a lei n. 9868/99 veio estabelecer os contornos normativos da chamada *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 102, parágrafo 1º) e, a Lei n. 9.882 de 1999, regulamentou o processamento e julgamento da *Ação Direta de inconstitucionalidade* (ADIn) e a *Ação Direta de Constitucionalidade* (ADC). Compete ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, c/c o art. 103, I a IX, 103, par. 2º, da Constituição. A Lei 12.063/2009 acresceu o Cap. II e disciplinou a matéria processual. Podem ser objeto dessa ação leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais, entre outros. O Regimento Interno do STF, art. 173, determina que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade há de ser proferida pelo voto de no mínimo seis dos onze Ministros que integram o Tribunal.

Nas *ações diretas de constitucionalidade por omissão*, o STF admitiu que as decisões proferidas têm caráter mandamental ou obrigatório. Parte da ideia de que a chamada *omissão legislativa* envolve não só os casos em que o legislador permaneceu absolutamente inerte (omissão total), como também os casos em que cumpriu, de maneira insatisfatória ou imperfeita, a tarefa que lhe foi confiada pelo constituinte (art. 27, da Lei n. 9868/99).

Afirma Dirley da Cunha Junior, que o que importa é que se assegure a efetividade da Constituição:

A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim *suplantar as inconstitucionalidades*, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição (Controle Judicial das Omissões do Poder Público, p. 546/547).

6.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO ADO N. 26, PROPOSTA PELO PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, POR EXEMPLO,

para o fim de obter a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII), ou subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

O fundamento que apoia a pretensão de inconstitucionalidade da ação consiste, em suma, que o mandamento constitucional impõe ao Estado o dever de proteção à essencial *dignidade* das pessoas, a ser *efetivado* mediante tipificação penal. O legislador ao restringir-se a tutelar as práticas discriminatórias resultantes de preconceito *de cor, etnia, religião, ou procedência nacional* (Lei n. 7.716/89), teria de maneira incompleta realizado o que estabelece a Constituição Federal, art. 5º, XLII e encontra-se igualmente alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de “ *qualquer discriminação de direitos e liberdades fundamentais*” (CF art.5º XLI).

O relator do caso, Ministro Celso de Mello, na sessão plenária de 20/03/2019, concluiu que o Congresso Nacional foi omissivo ao deixar de editar lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia e reconheceu a inconstitucionalidade na demora em legislar sobre a proteção penal aos integrantes do grupo LGBT, nos diversos tipos penais definidos na Lei Federal n.7.716/1989, que define os crimes de racismo, até que o Congresso nacional edite uma norma autônoma.

Destacou que as práticas homofóbicas configuram *racismo social*, consagrado pelo Supremo no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424/RS- Caso Ellwanger- ao reconhecer no precedente, em relação ao povo judeu, que o caso configura o crime previsto no art. 20, da Lei n. 7.716/89 e, que essas condutas são atos de segregação. E quanto ao princípio da prescritibilidade geral dos crimes, se os judeus *não são uma raça*, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Em seu voto, declarou ainda que os efeitos da decisão somente se aplicarão a partir da data de conclusão do julgamento.

Em perigosa interpretação extensiva, o relator, configura o conceito de *racismo*, afirmando que este não se resume a um conceito estritamente antropológico, fenotípico, biológico, mas projeta-se numa dimensão cultural e sociológica, o denominado *racismo social*.

Para o pensamento do nacional-socialismo, os judeus e arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes que justificavam a segregação e o extermínio, inconciliáveis com os padrões éticos e jurídicos do mundo contemporâneo. Estigmas que por si só evidenciam o crime de racismo.

Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções dos homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre o outro. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

- RAÇA E RACISMO

A divisão dos seres humanos *em raças* resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

A abrangência do *racismo* decorre da compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, entre outros, de modo a construir a definição jurídico constitucional do termo.

6.2. HOMOFOBIA- TRANSFOBIA- O ministro Celso de Mello denuncia que *homofobia* representa uma forma contemporânea de *racismo* e avaliou a importância do julgamento de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas.

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos”, destacou o relator, ressaltando que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, “não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso”. Segundo ele, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

- RAÇA HUMANA. Subdivisão. *Inexistência*. Com o mapeamento do genoma humano, cientificamente, não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

- Designação de sexo, sob a perspectiva biológica diz respeito à sua conformação física e anatômica: homens, mulheres e intersexuais. Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, sob a expressão da masculinidade e da feminilidade. Nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de *pertencimento*, podendo ou não coincidir com a designação sexual atribuída à pessoa. A sexualidade humana envolve aspectos íntimos da personalidade e evidencia sua orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. “[...] o gênero e a orientação sexual são elementos *essenciais estruturantes da própria identidade da pessoa humana, integrando uma de suas mais íntimas dimensões da personalidade*”(MELLO, p.13)

- Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais precisam ser aplicadas a fim de se obter o real sentido e alcance da norma. Vale lembrar que o processo de fiscalização concentrado de constitucionalidade- *por revestir-se de caráter objetivo - destina-se a viabilizar o julgamento” não de uma relação jurídica concreta, mas de validade da lei em tese*[...](RTJ 95/99, Rel. Min. Moreira Alves- grifei). Impossibilidade jurídico constitucional de o STF mediante provimento jurisdicional tipificar delitos e cominar sanções de direito penal (Princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* – CF, art. 5º, XXXIX).

6.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO.

Há impossibilidade jurídico constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de Direito Penal. Importa, para Celso de Mello em, “inadmissível substituição do Congresso Nacional- veicula clara transgressão ao postulado constitucional de separação de poderes e, também ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal

em matéria de índole penal”, prevista na CF. art. 5º, XXXIX. No entanto, em seu voto o Ministro concluiu pelo provimento da ADO 26/RS, a fim de dar *interpretação conforme à Constituição* em face dos *mandados constitucionais de incriminação*, inscritos do artigo 5º, incisos XLI e XLII, na dimensão de o denominado *racismo social* até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso Nacional.

Em posição contrária, Celso Lafer analisa a questão em foco, afirmando que o

O conteúdo prático do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática de racismo, tipificado pela legislação infra-constitucional reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a elas atribuindo uma *raça* para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. *Só existe uma “raça”- a espécie humana- e, portanto, do ponto de vista biológico não apenas judeus, como também os negros, os índios, os ciganos, ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a DECLARAÇÃO da UNESCO de 1978 sobre a Raça e Racismo. Raça é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.*

[...] donde haver um *crime impossível pela inexistência do objeto: as raças [...]*. (LAFER, Celso)

6.4. LIBERDADE RELIGIOSA

Durante a leitura do voto, o Ministro Celso de Mello também abordou a questão relacionada à liberdade de expressão religiosa, pressuposto necessário à prática do regime democrático:

[...]A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções *em sede confessional, não pode e não deve ser impedida* pelo Poder público nem submetida a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão ou, ainda de instituições da sociedade civil.

O regime constitucional de proteção às liberdades do pensamento permite asseverar que a adoção pelo Estado de meios destinados a impedir *condutas homofóbicas e transfóbicas* em **hipótese alguma** poderá coarctar, restringir ou suprimir a **liberdade de consciência ou de crença**, nem autorizar qualquer medida que **interfira** nas celebrações litúrgicas, ou que importe em cerceamento da palavra, seja ainda como instrumento de pregação da mensagem religiosa, seja ainda como forma de exercer o proselitismo em matéria confessional, quer em *espaços públicos, quer em ambientes privados*.

[...] **Ninguém**, ainda que investido de autoridade estatal, **pode prescrever o que será ortodoxo em religião- ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou política- **ou** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento.

[...] Resulta claro, pois: Que o tratamento constitucional dispensado entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa , à liberdade de manifestação do pensamento e ao exercício do direito de **professar** qualquer fé religiosa, de **pregar** a mensagem que lhe é inerente, de **propaga-la e de conquistar** prosélitos **deslegítima** qualquer medida individual ou governamental de intolerância e de respeito ao princípio básico que **consagra** o pluralismo das ideias e a plena liberdade de culto e de celebração litúrgica.

CONCLUSÕES

A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos, que a consciência jurídica e histórica não admitem mais.

Omissões legislativas inconstitucionais, notadamente do Legislativo, não podem ser admitidas, eis que desvalorizam a Constituição, Lei Fundamental da República, geram a erosão da consciência democrática e o inevitável desprezo dos direitos e liberdades fundamentais. A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento de concretização das cláusulas constitucionais violadas em sua eficácia.

Em breves constatações o Min. Celso de Mello, em voto histórico, declarou ser *“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.”*

A matéria controversa analisada neste estudo resta inconclusa, no aguardo da manifestação dos demais membros da Corte Suprema, que enfrentando a sensível interpretação sobre o denominado *racismo social* e sua extensão no aspecto religioso, para o aspecto filosófico da superioridade ética dos princípios e valores da *dignidade da pessoa humana*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luz Alberto David, SERRANO, Vidal. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina. Ed. 3ª, 1998.

HANS. Kelsen. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, julio-diciembre 2008

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das letras, 2007.

LUHMANN. Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acessado em 29.03.2019.

HERRERA. Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución**.

Disponível em <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/> Acessado em 30/03/2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**-6º.ed., São Paulo: 2014.