

ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE E A USURPAÇÃO DA FUNÇÃO TÍPICA LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO PAPEL DESEMPENHADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADO Nº. 26

Esdras Risperi Dias Paulo¹
Tauã Lima Verdan Rangel²

Resumo

O escopo do artigo é analisar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, abordando, para tanto, a interação entre a escola da exegese e a possível usurpação da função típica legislativa, quando do julgamento. Tradicionalmente, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário esteve vinculado a uma atuação interpretativa sobre o ordenamento jurídico, vedando-se, contudo, mecanismos que fossem capazes de inovar a ordem estabelecida. Neste contexto, com a reconfiguração do Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição Federal de 1988, a Corte Constitucional recebeu uma oxigenação importante em suas atribuições e o seu papel enquanto guardião do Texto Constitucional. Para tanto, tal contexto implica no desempenho, sobretudo, da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, o que redundou, não raramente, que os seus julgamentos tenham por objetivo a proteção das minorias e uma atuação contramajoritária. Tal manifestação ficou perceptível, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº. 26, oportunidade em que, diante da mora do Poder Legislativo em legislar sobre a violência contra as minorias sexuais, a Corte Constitucional, para fins de aplicação e preservação de tal grupo, equiparou a homotransfobia aos crimes contidos na legislação de racismo, o que configurou, na prática, verdade inovação na ordem normativa, estabelecendo uma figura penal, a princípio, não prevista pelo legislador. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos científicos historiográfico e dedutivo; no tocante à classificação da pesquisa, enquadra-se como dotada de natureza exploratória; em relação à abordagem do objeto, a pesquisa é considerada como detentora de aspecto qualitativo.

Palavras-chave: Escola da Exegese; Controle de Constitucionalidade; Omissões Constitucionais; Ação Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The scope of this article is to analyze the role played by the Supreme Federal Court (STF) in the judgment of Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26, addressing, for this purpose, the interaction between the school of exegesis and the possible usurpation of the typical legislative function, during the judgment. Traditionally, the role played by the Judiciary has been linked to an interpretative role on the legal system, prohibiting, however, mechanisms that could innovate the established order. In this context, with the reconfiguration of the Supreme Federal Court, based on the Federal Constitution of 1988, the Constitutional Court received an important oxygenation in its attributions and its role as guardian of the Constitutional Text. To this end, this context implies the performance, above all, of the dignity of the human person as the foundation

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Correio eletrônico: esdrasrisperi688@gmail.com;

² Professor Orientador. Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

of the Federative Republic of Brazil, which often results in its judgments having as their objective the protection of minorities and a counter-majoritarian action. This manifestation became noticeable during the trial of the Lawsuit for Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26, when, given the delay of the Legislative Branch in legislating on violence against sexual minorities, the Constitutional Court, for the purposes of applying and preserving this group, equated homophobia and transphobia to crimes contained in the legislation on racism, which in practice constituted a true innovation in the normative order, establishing a criminal offense that was not initially provided for by the legislator. The methodology employed was based on the use of historiographic and deductive scientific methods; regarding the classification of the research, it is classified as having an exploratory nature; regarding the approach to the object, the research is considered to have a qualitative aspect.

Keywords: School of Exegesis; Constitutionality Control; Constitutional Omissions; Lawsuit for Declaration of Unconstitutionality by Omission (ADO); Federal Supreme Court.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como objetivo analisar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, abordando, para tanto, a interação entre a escola da exegese e a possível usurpação da função típica legislativa, quando do julgamento. Busca-se, dessa maneira, compreender as eventuais consequências jurídicas e políticas advindas dessa decisão, que tratou da criminalização da homofobia e transfobia, frente à possível omissão do Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha, no atual contexto constitucional, um papel duplo, funcionando como guardião da Constituição e a de árbitro em questões de grande relevância social e política. Desde sua criação em 1891, o STF tem sido o principal responsável por assegurar que leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, mas, ao longo dos anos, sua atuação evoluiu para um papel mais ativo na proteção de direitos fundamentais.

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que introduziu a possibilidade de editar súmulas vinculantes, houve uma expansão de atribuições que podem refletir em uma atuação mais proativa, principalmente em temas de relevância social, como o julgamento da ADO nº. 26, a partir do momento em que o STF passou a agir com maior ativismo, diante da inércia legislativa.

A Constituição de 1988 introduziu mecanismos para o controle de omissões legislativas, como será visto no presente artigo as ações como a ADO e o Mandado de Injunção. A ADO, em especial, foi projetada com o objetivo de suprir lacunas presentes devido a inércia do legislador garantindo assim que as normas constitucionais não fiquem

sem eficácia. O caso da ADO nº 26 é um exemplo emblemático desse controle, em que o STF supriu a ausência de legislação sobre homofobia e transfobia, equiparando essas condutas ao crime de racismo.

A Escola da Exegese, que prega uma interpretação estritamente literal das leis, contrasta com a atuação do STF no julgamento da ADO nº 26. A questão central da problemática trazida no presente artigo gira em torno da possibilidade de o STF, ao julgar a ADO, ter preenchido uma lacuna legislativa, assumindo uma função que é típica do Poder Legislativo. Para alguns, essa atuação foi necessária e temporária, enquanto outros veem nisso uma usurpação da função legislativa, o que gera discussões sobre ativismo judicial e a separação dos poderes.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento da análise histórico-normativa do Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma o tratamento da questão na ordem constitucional brasileira. Já o método dedutivo encontrou aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza qualitativa.

Como técnicas de pesquisa, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida, a partir de um recorte regional. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material as expressões “Escola da Exegese”; “Controle de Constitucionalidade”; “Omissões Constitucionais”; “Ação Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)” e “Supremo Tribunal Federal”.

2 O DUAL PAPEL DESEMPENHADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto órgão da cúpula do Poder Judiciário, encontra suas balizas e os seus fundamentos com a instauração do período republicano no contexto brasileiro, com a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. Com expressa previsão, o Texto de 1891, em seu artigo 55, estabeleceu que “o Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais,

distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar” (Brasil, 1891). Em complemento, o artigo 56 dispôs acerca da composição do Supremo Tribunal Federal, constituído por quinze juízes, escolhidos dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

No ano de 1931, contudo, a composição do Supremo Tribunal Federal é objeto de redução, passando a contar, nos termos do Decreto nº. 19.656, com onze componentes, nos termos do artigo 1º: “Art. 1º Fica reduzido a onze o número de juizes do Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 1931). Em continuidade, o art. 73 da Constituição de 1934 realizou uma alteração no nome do, até então, órgão de cúpula da justiça para “Corte Suprema” e, ainda assim, manteve em onze o número de Ministros, estabelecendo como sede a capital da República e possuindo jurisdição em todo o território nacional. Todavia, o nome de Corte Suprema permaneceu somente até a promulgação da Constituição sucessora, quando se restaurou o nome para “Supremo Tribunal Federal” (STF), nome este que não fora alterado nas Constituições posteriores, mantendo-se, de igual modo, o mesmo quantitativo de Ministros outrora estabelecido (Brasil, 1937).

Com a Constituição de 1946, houve a previsão da alteração na quantificação de Ministros, bem como das turmas. O STF, a partir daquele momento, contaria com dezesseis Ministros e o Plenário seria dividido em três Turmas, possuindo cinco Ministros por turma.

Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma (Brasil, 1946).

De acordo com o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (2018, n.p.), enquanto vigente o período do regime militar, houve a edição do Ato Institucional nº. 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965, que promoveu a ampliação do número de ministros, passando de onze para dezesseis, acréscimo que fora mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Em que pese a Constituição de 1946 elucidar que somente o STF poderia aumentar o número de Ministros, foi a proposta do governo à época através do AI-2 que foi aprovada e posta em prática.

Segundo a Constituição de 1946, a possibilidade de aumento do número de ministros somente poderia ser feita através da iniciativa do próprio

STF , porém a reforma do Judiciário proposta pelo governo e posta em prática com a edição do AI-2 foi a de que o número de ministros seria aumentado de 11 para 16, sem nenhuma consulta ao Supremo (Torres, 2019, p.464)

Por fim, chega-se à atual Constituição de 1988, que preserva o STF como cúpula do Poder Judiciário e mantém em onze Ministros, sendo estes cidadãos, com mais de trinta e cinco anos e menos de setenta anos de idade, possuindo reputação ilibada e notável saber jurídico, Ministros este que serão indicados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal. A contemporânea Constituição atribui, ainda, em seu art. 12, §3º, IV, a condição de ser brasileiro nato para se tornar Ministro do STF.

Originalmente, o Supremo Tribunal Federal possui atribuições que são bem delineadas ao longo do Texto Constitucional de 1988, contudo seu papel tem sido ampliado ao longo dos anos através das emendas e interpretações constitucionais que poderão ser exemplificadas através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (EC nº45/2004), que introduziu a reforma do Judiciário e, ainda, no órgão máximo do Poder Judiciário. Conforme o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988) (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2023, n.p.).

Para esclarecer de maneira mais detalhada o processo de ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal (STF), é fundamental destacar e evidenciar as funções e responsabilidades específicas que este órgão desempenha no sistema jurídico. Para tanto o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal também elucida:

O STF julga casos relacionados à Constituição. Até chegar ao Supremo, o processo judicial pode percorrer outras instâncias do Poder Judiciário. O Supremo dará a palavra final, e a decisão tem que ser respeitada e cumprida por todos. Mas há também processos que chegam diretamente ao Tribunal. E muitos deles impactam a vida de toda sociedade (Brasil. Supremo Tribunal Federal, [s.d.], n.p.).

A Corte Constitucional Nacional apresenta-se como instância máxima do Poder Judiciário no Brasil, e possui, por essencialidade, a guarda da Constituição Federal.

Assim, fiel à tal atribuição, o STF é o órgão responsável por promover interpretações e assegurar que todas as leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, tendo sua competência expressamente prevista na redação do art.102 do Texto de 1988. Apesar do Constituição Cidadã estabelecer as atribuições da Corte Suprema Brasileira, tais prerrogativas são passíveis de críticas quanto ao modelo de controle de constitucionalidade atribuído e por este modelo ser abrangente aos demais juízes e tribunais.

Não há, no Brasil, uma Corte Constitucional nos moldes conhecidos em alguns países europeus (como órgão separado do Poder Judiciário, com função de realizar, tão somente, controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; além disso, no sistema adotado entre nós, qualquer juiz ou tribunal – e não apenas o STF – pode deixar de aplicar alguma norma por considerá-la contrária à Constituição, realizando controle difuso de constitucionalidade (Medina, 2022, n.p.)

Depreende-se que, apesar da atual Constituição atribuir a prerrogativa de controle de constitucionalidade ao órgão Supremo do Poder Judiciário, concede, ainda, tais prerrogativas por parte de qualquer juiz ou tribunal, de modo a desconcentrar que somente um órgão possa realizar o controle de constitucionalidade, nos termos contidos no artigo 97 da Constituição Federal combinado com as disposições dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil. Ao lado disso, incumbe, ainda, ao STF atuar no controle de constitucionalidade, incluindo a interpretação da Constituição em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, além de deter competência para julgar, em recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, conforme art. 102, §2º c/c 102, III, “a” (Brasil, 1988).

Como já supramencionado, o STF possui por essencialidade a guarda da Constituição, que lhe é atribuída pelo próprio Texto Constitucional, em seu art. 102. Contudo, a Corte também poderá fazer a manutenção da interpretação do texto constitucional. Segundo Gerson dos Santos Sicca ([s.d.]), para que se faça a interpretação da Constituição, seria necessário um entendimento prévio sobre o conteúdo do Texto Constitucional, além de que a pessoa do julgador, ao realizar a interpretação, deveria verificar até que momento o legislador poderá utilizar a concretização dos valores constitucionais que estavam expostos nas normas jurídicas.

De igual modo, o julgador deve reconhecer os seus limites e que este venha a procurar, no texto da norma, significados compatíveis com a interpretação da norma constitucional, bem como os princípios explícitos e implícitos (Sicca, [s.d.]). Ademais, a interpretação realizada pelo julgador, compatível com a Constituição Federal de 1988, seja como um mecanismo de controle de constitucionalidade, pois é o julgador que declara em qual sentido a norma é constitucional.

A Suprema Corte do Brasil possui uma função típica que se desempenha dentro de uma estrutura democrática, essa atribuição é a contramajoritária, porém o que se entende por tal exercício? Para o sítio eletrônico Consultor Jurídico (2014, n.p.), o STF desempenha o papel contramajoritário quando este invalida os atos dos Poderes Legislativo e Executivo que são contrários à Constituição, com isso entende-se que a Corte Constitucional nacional, dentro de uma estrutura do Poder Judiciário, é um contrapeso Executivo e do Legislativo.

Compreende-se que o aludido órgão é contramajoritário em razão das decisões legislativas, sejam leis ou atos normativos, possuem um processo que é conduzido por representantes eleitos democraticamente pela maioria do povo através do voto, entretanto, as decisões judiciais são tomadas por ministros que possuem critérios meritórios (Zanelatto, 2020). A função contramajoritária é essencial na promoção da proteção de minorias, para que se possa garantir uma sociedade justa e inclusiva, sem distinção de qualquer pessoa e, dessa forma, o STF estará assegurando o direito das minorias. Depreende-se, portanto, que a jurisdição pátria implementada pelo STF, possui a função de conter, organizar e fiscalizar o poder estatal, possuindo como objetivo garantir a proteção das minorias, dos mais fracos e assim proporcionar a reparação dos possíveis perigos que poderão acontecer, indo de encontro com a dignidade da pessoa humana (Abboud, 2012)

3. O SISTEMA DE CONTROLE DAS OMISSÕES CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EM EXAME, A AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

Para um melhor entendimento, mostra-se necessária a demonstração da evolução do sistema brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade a partir do momento histórico em que o Brasil se tornara uma República no ano de 1891. Segundo Pedro Lenza (2023), a Constituição de 1891 sofreu uma influência do Direito dos Estados Unidos da

América que é presente até a atual Constituição de 1988, essa influência culminou na existência do modelo difuso de constitucionalidade. Assim, estabeleceu-se a prática do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos infraconstitucionais, podendo ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, atentando-se às regras de competência e organização judiciária. Dessa maneira, sob a influência do Direito Estadunidense, a Constituição de 1981, em seu art. 97, estabeleceu a adoção do controle difuso de constitucionalidade, podendo ser repressivo, posterior e realizado de forma incidental, ou seja, como questão prejudicial ao mérito (Lenza, 2023).

Ademais, o art.179da Constituição de 1934 manteve o controle difuso de constitucionalidade, bem como esta Lei Maior inovou ao trazer em seu corpo textual a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, conhecida como a cláusula de reserva de plenário. De igual modo, o art. 91, inciso IV, da Carta de 1934 estabeleceu ao Senado Federal a autoridade/competência de interromper e/ou suspender a aplicação de uma lei ou ato considerado inconstitucional por uma decisão final.

A Constituição de 1937, por sua vez, manteve o sistema difuso de controle de constitucionalidade e inovou ao elaborar e apresentar a possibilidade do Presidente da República de interferir nas decisões realizados pelo Poder Judiciário e que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei. Assim, o art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, permitiu que o Presidente da República representasse ao Poder Legislativo a referida lei e estes pudessem retirar o efeito de inconstitucionalidade da lei quando votada e aprovada por 2/3 de ambas as casas do Poder Legislativo.

Segundo Marques (2006), a Lei Maior de 1946 trouxe, através da Emenda Constitucional nº 16/1965, uma atualizada modalidade quanto ao controle de constitucionalidade, passando a prever a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), oportunidade em que se conferiu ao STF competência originária para julgar a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, tanto federais quanto estaduais, bem como, adicionalmente, foi estipulada a viabilidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade em qualquer ato que tenha caráter normativo, independentemente de ser de competência estadual ou federal, e não apenas nas leis estaduais que poderiam justificar uma intervenção federal.

A Constituição de 1967, através da Emenda Constitucional nº 1/1969, em seu art. 13, atribuiu aos Estados que estes pudessem se organizar e reger pelas Constituições e leis estaduais, tendo apenas que atender e observar os princípios estabelecidos na Constituição de 1967. Em continuidade, o art. 10, inciso VII, alíneas “c”, “d” e “e” da EC

nº 1/69, também corrobora para independência dos três Poderes, as garantias do Poder Judiciário, bem como a autonomia municipal, com isso ampliou-se ainda mais o alcance do sistema de controle de constitucionalidade das leis municipais em comparação à Constituição Estadual de cada Ente Federativo, para que, se necessário, houvesse uma intervenção no Município.

Chega-se a Constituição de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, que trouxe quatro inovações a respeito do controle de constitucionalidade. Ao tratar da matéria, sustenta que a Constituição de 1988, em seu art. 103, promoveu verdadeira expansão quanto aos legitimados para que se possa propor uma representação de constitucionalidade, exaurindo com a exclusividade do PGR:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (Brasil, 1988)

Em prosseguimento, Luiz Henrique Diniz Araujo (2021), ressalta que a Constituição de 1988 instituiu o controle de constitucionalidade quanto às omissões legislativas, para que se possa ter o resguardo aos direitos fundamentais em decorrência das omissões legislativas e que se possa solucionar, judicialmente, omissões inconstitucionais. As ações para as omissões legislativas podem ocorrer em sede de controle concentrado e em sede de controle difuso (Lenza, 2023). No âmbito do controle concentrado, o Texto Constitucional consagrou a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em seu art. 103, §2º da CRFB/88, ao passo que, no controle difuso, foi instituído o Mandado de Injunção (MI) em seu art. 5º LXXI, da CRFB/88, nas modalidades individual e coletiva.

A Constituição de 1988 trouxe também a possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 102, §1º, da CRFB/88, onde esta ação completou as lacunas em que as ADI's não ocupavam (Medeiros, 2013). Por fim, a redação dada através da Emenda Constitucional nº 3/1993, no art. 102, inciso

l, “a”, da CRFB/88 introduzindo ao corpo constitucional de 1988, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), não obstante a Emenda Constitucional nº 45/2004 equiparou os legitimados aos mesmos da ADI.

Depreende-se, portanto, que as quatro inovações estabelecidas na Lei Maior de 1988 foram a ampliação dos legitimados para possível propositura de uma representação de constitucionalidade (art. 103, da CRFB/88), a instauração do controle de constitucionalidade quanto as omissões legislativas (art.103, §2º, da CRFB/88) - tanto em sede de controle concentrado quanto difuso, Além disso, de maneira inédita em toda a trajetória histórica, a possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art.102 §1º, da CRFB/88) e, por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, inciso I, “a”, da CRFB/88) equiparando-se os legitimados ativos para sua propositura conforme já fundamentado.

Como já mencionado, o constitucionalismo dos Estados Unidos da América efetuou grande indução para que o Brasil instaurasse o modelo republicano e aceitasse o princípio da *judicial review*, onde o referido princípio implica na legitimidade de o Poder Judiciário rever ações dos demais Poderes (Marques, 2010). Vislumbra-se a presença do supracitado princípio na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando os dispositivos desta permitem que haja um controle de constitucionalidade. Como dito, o art. 102, inciso I, alínea “a”, fixa a competência para o STF processar e julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), bem como, em seu art. 102, §1º, trata a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em continuidade, o art. 103, §2º que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Com isso, Pedro Lenza (2023) esclarece que os legisladores constituintes criaram mecanismos para que se possa observar e controlar os atos normativos para que estes atos estejam em harmonia com a Constituição. Tais mecanismos podem ser compreendidos como controle de constitucionalidade contando-se com o requisito da Constituição rígida e da atribuição de competência a um órgão, que irá variar entre o sistema de controle difuso ou concentrado.

Após a demonstração da evolução no sistema brasileiro no controle de constitucionalidade, devemos examinar, com fulcro, a Ação de Controle de Constitucionalidade por Omissão (ADO), pois é esta ação a ser utilizada quando há necessidade de controlar uma omissão Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, conforme descreve o art. 103, §2º da CRFB/88. Segundo Medeiros (2013), a Ação Direta

de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi inserida ao Ordenamento Jurídico Pátrio através da influência da Constituição Portuguesa de 1976, onde esta prevê expressamente em seu art. 283 a inconstitucionalidade por omissão.

Conforme elucidam Oliveira, Amorim e Ryndack (2024) o surgimento da ADO no Brasil se deu através da EC nº. 3/93 com o objetivo de enfrentar a ineficácia e/ou lacuna normativa das normas constitucionais no controle de constitucionalidade concentrado. Em continuidade, Barroso (2019) afirma que a Constituição de 1988 abordou claramente quanto ao tema das omissões legislativas que resultaram em duas ferramentas de combate, quais sejam o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A ação em comento é utilizada para o combate de uma “doença” conhecida como síndrome da inefetividade das normas constitucionais e possui a finalidade de tornar eficaz uma norma constitucional que está desempossada de sua efetividade (Lenza 2023).

A ADO é destinada a assegurar a implementação de uma disposição constitucional que, requer uma regulamentação complementar para ser plenamente efetivada, porém, essa implementação não ocorre devido à falta de ação por parte do órgão competente, que deveria elaborar a norma necessária, mas permanece inerte, deixando a disposição constitucional sem a devida concretização (Medeiros, 2013). A Constituição possui normas imperativas, que expressam uma ordem, porém, tais normas podem ser descumpridas de duas maneiras:

Descumpre-se a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada — em violação de uma norma proibitiva —, quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada — em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão (Barroso, 2019, p. 328).

De acordo com J.J. Gomes Canotilho (1994), citado por Reinaldo Pereira e Silva (2009), a omissão inconstitucional é referida através do fato de que o legislador deixa de cumprir uma obrigação específica imposta pela Constituição, ou seja, isso não se resume a uma simples ausência de ação; trata-se de não realizar uma tarefa que a Constituição determinava de maneira concreta e explícita. Levando a uma melhor compreensão, Reinaldo Pereira e Silva (2009) elucida que o silêncio do legislador, que configura a omissão inconstitucional, pode ser total ou parcial.

Para seguir uma encadeamento lógico de ideias, preferível é abordar as espécies de omissões que segundo Pedro Lenza, (2023) existem espécies que devem ser destacadas, tais como as omissões totais/absolutas e as omissões parciais, compreende-se como omissões totais/absolutas aquelas que são identificadas quando não se cumpre o dever de regulamentar, editando uma medida para aplicar eficazmente a norma constitucional, por outro lado as omissões parciais podem ser caracterizadas quando existem a regulamentação infraconstitucional, porém se mostra ineficaz ou insuficiente.

A omissão inconstitucional poderá ocorrer na sede do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, através da ociosidade de uma diligência que pode ser normativa, político-administrativa ou judicial (Barroso, 2019). Compartilhando do mesmo entendimento, Jorge Miranda (2005), citado por Reinaldo Pereira e Silva (2009), alega que em relação a função do Estado que é dada através da Constituição, é comum identificar possíveis manifestações de comportamentos omissivos, sejam eles omissões de atos normativos ou de atos de conteúdo não normativo. Isso poderá ocorrer tanto nas atribuições legislativas quanto nas funções políticas ou de governo, no encargo administrativo e, até mesmo, na função jurisdicional.

Ao abordar sobre o objeto da ADO, Medeiros (2013) expõe que a ação em comento possui a função de suprir a norma que está ausente no ordenamento jurídico pátrio, cumprindo assim a função integrativa do sistema jurídico. Como base legal do objeto da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO) observa-se o art. 103, §2º da CRFB/88 quando este dispositivo se refere a respeito da existência de uma omissão de medida para que assim possa tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou até mesmo de órgão administrativo.

Tratando sobre a competência para processar e julgar a ADO:

O constituinte procurou tratar a jurisdição constitucional abstrata como uma unidade, variando apenas o pedido, que poderá ser a declaração de inconstitucionalidade, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão. Nas três hipóteses, a regra de competência vem inscrita no mesmo dispositivo constitucional (Barroso, 2019, p.331).

Em continuidade, afirma o magistério de Medeiros (2013) que a ADO e a ADI compartilham a mesma natureza jurídica, ambas são ações de controle abstrato, instaurando processos essencialmente objetivos para fiscalizar a validade das leis e dos atos normativos. Para tanto, poderão ser propostas pelos mesmos legitimados e são de

competência exclusiva do STF quando se trata de questões referentes à Constituição Federal. No tocante aos efeitos que ocorrem através de uma decisão de ADO, têm-se que quando é identificada a omissão através do Poder Público por não exercer uma diretriz normativa que a própria Constituição impõe que se tenha a efetiva eficácia, o Supremo Tribunal Federal comunica o poder competente para que este possa tomar as devidas providências, porém, se tratando de um órgão administrativo, este terá um prazo de 30 dias para adotar as medidas necessárias

Ademais, a depender do caso concreto, a própria Corte Suprema pode estabelecer um prazo diferente em função do específico caso, devendo também estar associado com o interesse público, podendo até desenvolver uma responsabilidade em caso de continuidade da omissão que é objeto da ação (Medeiros, 2024). Por fim, na ADO, não existe uma lide, um conflito propriamente dito, o que existe é a impugnação de um ato normativo, seja por omissão parcial –ou sua falta, ou a omissão total que viole a CRFB/88 (Oliveira; Amorim; Ryndack, 2024)

4 ENTRE A ESCOLA DA EXEGESE E A USURPAÇÃO DA FUNÇÃO TÍPICA LEGISLATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO PAPEL DESEMPENHADO PELO STF NO JULGAMENTO DA ADO Nº. 26

A princípio, cumpre destacar o nascimento da Escola da Exegese, segundo Lima (2008), se deu após a criação do Código Civil Napoleônico, em 1804, na França. Em continuidade, Chaves (2012) elucida que a origem da referida escola se deu em uma fase conturbada política e social na França, no início do século XIX, pois ocorriam muitas alterações no governo o que provocara certa desarmonia no ordenamento jurídico francês.

Quanto à compreensão estabelecida pela Escola de Exegese, esta é conhecida por possuir uma linha de pensamento na qual reconhece o Direito através da Lei que tem sua origem no Estado, principalmente aquela que está codificada (Staut Junior, 2008). A referida escola estabelecia que todos os atos ou ações realizadas na sociedade deveriam estar previstos em uma lei, com isso o Direito poderia ser aplicado em todos os casos por ser completo, portanto, os pensadores desta escola possuíam uma linha de pensamento na qual a lei é absoluta e que o juiz deveria apenas extrair os significados da lei para poder utilizar em cada caso (Mello Filho, 2003).

A Escola da Exegese atribuiu força àquele que é o promulgador de normas e cerceou de maneira equitativa a interpretação em que os juízes à época poderiam realizar

quanto às formas gramaticais e sistemáticas das disposições atribuídas ao Código (Cicco, 2017). Ainda sobre o entendimento da Escola de Exegese, existiam fundamentos que deveriam ser seguidos:

1º) a riqueza da legislação, a partir da promulgação dos códigos, torna praticamente impossível a existência de lacunas; 2º) na hipótese de lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos fornecidos pela analogia; 3º) a interpretação tem como objetivo investigar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), tendo em vista ser este o autor da lei (Lima, 2008, p. 111).

Para os legisladores, o Direito se tornara um aglomerado de normas escritas/positivadas pelo próprio Estado, com isso, o entendimento que se tinha era de que qualquer outra norma de comportamento social ou costumeira deveria ser ignorada, para tanto, o juiz deveria apenas aplicar a letra da lei respeitando sempre a vontade do legislador (Mello Filho, 2003).

Por fim, partilhando da mesma visão, Lima (2008) o intérprete exerce sua função restrito ao texto da lei, sem poder ir além dele, limitando-se a uma interpretação estrita do texto legal com a suposição de que a legislação escrita cobre todo o direito, configurando um sistema fechado que assume a integridade e perfeição da lei escrita como uma revelação completa e final do direito. É relevante abordar qual seria a compreensão de usurpação de função típica legislativa, por este motivo Marques ([s.d.]) elucida que usurpar é tomar posse sem obter o direito, praticando um ato ou ação que não lhe é devida.

O que seria a função típica de legislar? Segundo o sítio eletrônico do Senado Federal ([s.d.], n.p.), a função típica de legislar refere-se à elaboração de normas jurídicas primárias, em que suas bases estão diretamente na Constituição Federal e que têm a capacidade de estabelecer direitos ou gerar obrigações, que se dão através de um processo legislativo para criação de Emendas à Constituição, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, resoluções, leis delegadas e decretos legislativos.

Em complemento, o sítio eletrônico do Senado Federal ([s.d.], n.p.) informa que Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, é responsável pelo exercício do Poder Legislativo Federal. Dessa forma, pode-se afirmar que o Poder Legislativo Federal é bicameral, possuindo como principais funções do Poder Legislativo são a elaboração de leis e a fiscalização.

Em continuidade, o art. 49, inciso XI, da CRFB/88 assegura que a competência de legislar cabe ao Congresso Nacional e este deve garantir e proteger a sua competência em razão das funções normativas dos outros Poderes. O art. 2º da CRFB/88 elucida sobre o princípio da separação dos poderes ao dispor que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pertencentes à União, são harmônicos e Independentes entre si.

Ademais, Saleme (2022) elucida que embora o poder seja unitário, a tripartição dos poderes com suas respectivas funções deve ser independente e harmônica, basta que as ações desses poderes estejam em harmonia com o bem-estar da sociedade, garantindo assim que o poder seja exercido dentro dos limites definidos e com respeito às funções específicas de cada setor. Dessa forma, a teoria aplicada assegura a unidade do poder.

De muita relevância é o art. 60, §4º, inciso III, da CRFB/88, que é uma das nossas cláusulas pétreas, onde está descrito expressamente que a separação dos poderes não poderá sequer ser objeto de Emenda Constitucional que tenda a abolir. Diante de tudo o que fora abordado neste tópico sobre o que seria a usurpação, o que seria a função típica de legislar, qual dos poderes detém a competência para legislar e sobre o princípio da separação dos poderes, remete-se à dúvida: se o Poder Legislativo for omissor em sua função, poderia o STF preencher a mora estabelecida pelo legislador enquanto este não edita a lei?

Segundo Barbosa (2012), quando o Poder Legislativo se mantiver inerte, em silêncio ou omissor, o Poder Judiciário deverá viabilizar o cumprimento da norma, analisando os dispositivos constitucionais que definem os direitos fundamentais e aplicando-os ao caso específico em questão. Comisso, a norma deverá possuir aplicação imediata nos casos em que não houver uma lei regulamentadora. Portanto, quando o Poder Público fica inerte, o Poder Judiciário possui o dever de resolver os casos que lhe são apresentados até que o legislador cumpra o preceito constitucional e legisle sobre o direito que está sendo impedido.

Diante disso, remete-se a uma nova questão: o STF estaria ocasionando um ativismo judicial? Conforme descreve Saleme (2022), o STF estaria praticando o ativismo judicial, porém, este ativismo não deveria ser alvo de críticas mediante a uma omissão do Poder Legislativo, visto que, este poder costuma não se manifestar quanto às normas consideradas ofensivas, que detenham certos posicionamentos ideológicos, que envolva a ética ou a religião, embora encontre imediata necessidade para todo o corpo social. Seguindo a mesma linha, Barbosa (2012) defende que se há uma omissão do Poder

Legislativo, o Poder Judiciário deverá solucionar o caso em que foi trazido a este, declarando também a mora do poder competente.

Realizada as devidas ponderações, deve-se analisar o papel desempenhado pelo STF no julgamento da ADO nº 26, quando a ação tratava sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia. Para tanto, o debate propunha a abrangência, de maneira particular, mas não exclusiva, as discriminações, ofensas, agressões e até mesmo homicídios que seriam motivadas pela escolha da pessoa quanto a sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, de modo real ou suposto. A criminalização fora solicitada pelo Partido Popular Socialista (PPS), como consequência da obrigação constitucional de legislar a respeito do racismo, conforme o art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88 ou, de forma alternativa, sobre discriminações que atentam contra direitos e liberdades fundamentais, segundo art. 5º, inciso XLI da CRFB/88, ou ainda, de maneira subsidiária, com base no princípio da proporcionalidade na perspectiva da proibição de proteção insuficiente, conforme art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88 (Moraes 2019).

Ademais, o relator da referida ADO discorre sobre o que fora peticionado:

Postulam-se, essencialmente, desse modo, as seguintes providências : (a) “que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88”; (b) “que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (...), determinando-se que ele aprove legislação criminal que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”; (c) “que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...), sugerindo- -se aqui o prazo de um ano já que o Congresso Nacional debate o tema há aproximadamente doze anos”; (d) “caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime (s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento à ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (...), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar”; (e) “a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de

gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas” e (f) “que seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro , inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26-DF, 2019, p.15)

Lunardi (2020) alerta que a conduta permissiva do STF, alinhada com a atual arquitetura constitucional, faz tornar com facilidade a Suprema Corte em um órgão pelo qual são realizadas as judicializações das disputas políticas. Em contrapartida, Paula (2020) relata que no caso da ADO 26, o STF foi provocado a tomar uma decisão, pois o Poder Legislativo não havia editado lei a respeito e o Congresso Nacional se manteve inerte. Em complemento com o que fora citado, o voto da Ministra Weber (2019) trouxe a alegação da inércia legislativa do Congresso Nacional sobre a tutela jurídica para as pessoas integrantes da comunidade LGBTQIA+.

Apesar da grande conquista da comunidade LGBTQIA+, os doutrinadores e juristas consideraram que compreensão que a Suprema Corte teve era arriscada, pois, o STF poderia ter agido como legislador ao criar um tipo penal e que, ao fazer isto, violaria princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva leg (Nogueira; Maia; Moésia, 2021).

Segundo Lunardi (2020), a Corte Suprema Constitucional Brasileira, quando atua em conflitos políticos, adota um comportamento prudente, pois, porém, essa prudência poderá se tornar um malefício com o decorrer do tempo, pois a atuação desta a respeito dos litígios políticos, poderão ser vistos como uma atuação fraca, parcial e incapaz de assegurar a defesa dos direitos. Para Barbosa (2015), quando é julgada procedente a ADO, esta resulta unicamente na declaração do defeito, ou seja, da omissão inconstitucional, e na notificação do órgão competente para que adote as medidas necessárias, caso se trate de uma entidade da administração pública, no prazo de 30 dias, ou seja, a sentença possui natureza apenas declaratória e mandamental.

Rememora-se o art. 49, inciso XI, da CRFB/88, que está expresso que a competência para legislar é do Poder Legislativo e este poder deve garantir a sua competência, bem como também elucidam Nogueira, Maria e Moésia (2021) que o único

poder que pode criar leis, e modificar a Constituição é o Poder Legislativo, enquanto a Suprema Corte do Brasil teria somente a forma atípica para legislar, qual seja, dentro do próprio Poder Judiciário, com isso, mesmo com o clamor social obtido em face da carência de norma específica que garantisse a tutela jurídica à comunidade LGBTQIA+, o STF teria excedido sua competência ao enquadrar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como crime de racismo.

Importante trazer a teoria dos freios e contrapesos, notadamente como elemento de conformação dos Poderes, quando Paula (2020) relata que esta teoria deve ser utilizada para que os poderes possam funcionar de forma efetiva e independente, de modo a prevenir o autoritarismo, mesmo com funções distintas devem atuar de forma conjunta demonstrando assim que não hierarquia entre os três poderes.

No caso da ADO 26, elucida Barbosa (2015) que o correto seria a Corte Suprema do Brasil, ao reconhecer a ADO, notificasse o legislador e estabelecesse um prazo para que este então pudesse tornar a lei eficaz e se o prazo estabelecido outrora fosse exaurido, sem que a lacuna fosse satisfeita, o STF poderia realizar uma decisão normativa, porém, de caráter provisório para que o legislador cumpra com sua obrigação e possa criar a norma faltante, assegurando um direito que é garantido através da lei maior.

No caso da ADO 26, elucida Nogueira, Maia e Moésia (2021) que o STF adotou uma abordagem mais interventiva para que houvesse uma verdadeira eficácia a um dispositivo que era pouco efetivo. Contudo, ao fazer isso, o STF acabou invadindo a competência do Poder Legislativo, usurpando assim a sua competência, ao criar tipos penais, uma função que, de acordo com o princípio da reserva legal, deveria ser exercida exclusivamente por meio de lei *stricto sensu*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo examinar o papel desempenhado pelo STF no julgamento da ADO nº.26, com foco na análise das consequências jurídicas e também políticas de sua atuação ao suprir a omissão legislativa na criminalização da homofobia e transfobia. O estudo visou examinar a legitimidade da atuação contramajoritária do STF ao considerar a relação entre a Escola da Exegese e a teoria da separação dos poderes, bem como as implicações dessa intervenção para a segurança jurídica e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil.

Assim, ao pensar sobre a temática, faz necessário compreender a respeito da evolução do Supremo Tribunal Federal (STF), desde a sua criação, com o intuito de abordar o processo de expansão das funções, ao longo do tempo. É notável que inicialmente, o STF tinha funções bem definidas, porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, suas atribuições foram ampliadas, de modo que fora permitido a criação, edição e até mesmo a anulação de súmulas vinculantes. Esse processo trouxe discussões sobre o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, que envolve tanto o controle concentrado quanto o difuso. O controle difuso, em especial, permitiu que outros juízes e tribunais também participassem do processo de controle constitucional, descentralizando o papel do STF, mas ampliando a função de todo o Judiciário no cenário nacional.

O papel do STF também foi desenvolvido por meio de suas próprias decisões, onde o próprio tribunal consolidou sua posição como guardião da Constituição. A interpretação evolutiva do texto constitucional permitiu que a Suprema Corte moldasse o Direito conforme as necessidades e evoluções sociais, reforçando assim a sua importância no cenário jurídico brasileiro. Importante ressaltar que este alargamento de funções trouxe desafios para a citada Corte, especialmente ao tratar sobre o equilíbrio entre poder judicial e legislativo. As críticas ao modelo de controle difuso e à atuação expansiva do STF refletem a complexidade de seu papel na proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, ao se analisar o processo de controle de constitucionalidade no decurso da história brasileira, desde a Constituição de 1891 até a atual, denota-se que a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) representou uma evolução significativa na proteção dos direitos fundamentais, permitindo que o STF atuasse em casos onde o Legislativo se mostrasse inerte. A ADO possibilita a Corte que identifique as omissões e supra as lacunas na regulamentação de normas constitucionais até que o Poder Legislativo assim o faça. Com base neste contexto, o papel do STF é garantir a eficácia plena das normas constitucionais, assegurando que a inércia legislativa não prejudique a aplicação dos direitos garantidos pela Constituição.

O controle de omissões constitucionais destaca a relevância da Suprema Corte na correção de falhas e omissões legislativas que podem comprometer a real eficácia das normas constitucionais. A ADO se tornou uma ação/ferramenta considerada essencial para garantir que os direitos previstos na Constituição não sejam negligenciados por falta de regulamentação. O desafio do STF está em equilibrar a necessidade de ação judicial

com o respeito à função legislativa, evitando que o Poder Judiciário ultrapasse seus limites usurpando a função típica do Poder Legislativo.

O julgamento da ADO nº 26 pelo STF, oportunidade em que se tipificou homofobia e transfobia como crimes equiparados às condutas racismo, gerou conflitos e debates sobre uma suposta usurpação da função legislativa. Os argumentos são de que a Corte, ao criar um tipo penal, ultrapassou as suas atribuições e infringiu o princípio da separação dos poderes, porém existem argumentos que a referida decisão destacam a necessidade de proteção imediata dos direitos fundamentais, mesmo diante da inércia do Legislativo, justificando a intervenção judicial como medida necessária para garantir a justiça e a igualdade.

Depreende-se que a Escola da Exegese, com seu enfoque na aplicação literal da lei, contrasta com a postura do STF de interpretar a Constituição de maneira a proteger direitos fundamentais. Este julgamento exemplificou o dilema entre a necessidade de intervenção judicial e o risco de usurpação da função legislativa. A intervenção da Suprema Corte para criminalizar a homofobia e transfobia, diante da omissão legislativa, levanta questões importantes sobre a separação dos poderes e a legitimidade da atuação judicial em contextos de inércia. A atuação contramajoritária do STF, ao preencher lacunas deixadas pelo Legislativo, reflete o desafio de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com o respeito às funções de cada poder.

Embora a decisão do STF na ADO nº. 26 tenha sido vista como um avanço na defesa dos direitos humanos, ela também gerou críticas por potencialmente ultrapassar os limites do Poder Judiciário. A criação de um tipo penal pelo STF, sem a devida participação do Poder Legislativo, acarreta preocupações sobre o ativismo judicial e a usurpação de funções que tradicionalmente pertencem ao Congresso Nacional. Com isso, reforça a necessidade de um diálogo contínuo entre os poderes, assegurando que as intervenções do Judiciário ocorram dentro de limites constitucionais claros.

Por fim, o julgamento da ADO nº. 26 destaca a importância de se repensar o papel do STF em situações de omissão legislativa, promovendo uma atuação que proteja os direitos fundamentais sem comprometer a autonomia dos poderes. A busca por um equilíbrio entre intervenção judicial e respeito à separação dos poderes é essencial para a manutenção da ordem democrática e para garantir que o Judiciário não se torne um poder que substitua o Legislativo, mas sim um guardião eficaz da Constituição.

REFERENCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 921, p. 191-214, 2012.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº. 26/DF. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 131-155, 2021. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1490>. Acesso em set. 2024.

BARBOSA, Cibele Borges. **Postura do STF diante da omissão inconstitucional: ativismo judicial?** Orientador: Profa. Ma. Christine Oliveira Peter da Silva. 2015. 61f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/592/3/20768808_Cibele%20Barbosa.pdf. Acesso em set. 2024.

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.** Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 03, de 17 de março 1993.** Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em set. 2024.

BRASIL. **Senado Federal.** Institucional. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/documentos/sobre-o-senado/atividade/atribuicoes>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26-DF.** Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em set. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** STF com você: A Suprema Corte do nosso Brasil. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/comvoce/>. Acesso em: 08 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Sobre o STF: conheça o STF - Institucional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 08 jun. 2024.

CHAVES, Daniel Rodrigues. A Escola da Exegese: origem, características e contribuições. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3.440, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23137/a-escola-da-exegese-origem-caracteristicas-e-contribuicoes>. Acesso em set. 2024.

CICCO, Cláudio de. **História do Direito e do Pensamento Jurídico.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

CONSULTOR Jurídico. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-21/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em ago. 2024.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 10-31, jul.-dez. 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428>. Acesso em set. 2024.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/55>. Acesso em set. 2024.

LUNARDI, Fabrício C. **O STF na Política e a Política no STF**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 170, p. 17-23, abr.-jun. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92446/Marques%20Andreo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

MARQUES, Archimedes José Melo. **Usurpação de função pública**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/usurpacao-funcao-publica.htm>. Acesso em set. 2024.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 50, n. 200, p. 189-210, out.-dez. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

MEDINA, José. Seção II. Do Supremo Tribunal Federal. In: MEDINA, José (org.). **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022.

MELLO FILHO, Rogério Machado. A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 5, n. 50, 2003. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/711>. Acesso em set. 2014.

NOGUEIRA, Arley Luna; MAIA, Kyev Moura; MOÉSIA, Camila Vila. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal quanto as omissões legislativas e suas

repercussões jurídicas decorrentes do julgamento da ADO nº. 26. **Revista de Direito e Atualidades**, v. 1, n. 2, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5839>. Acesso em set. 2024.

PAULA, Matheus Souza de. A constitucionalidade no julgamento da ADO 26 e do MI 4733: a interpretação político-social de condutas homotransfóbicas como condutas racistas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 15, n. 2, p. 155-184, 2020. <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1015>. Acesso em set. 2024.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; AMORIM, Leonardo Muller; RYNDACK, Jaqueline Maria. A ADO 26 e os efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **RJLB**, a. 10, n. 1, p. 189-220, 2024. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2024/1/2024_01_0189_0220.pdf. Acesso em set. 2024.

SALEME, Edson R. **Direito Constitucional**. Barueri: Editora Manole, 2022.

SILVA, Reinaldo Pereira e. omissões administrativas e controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 29-52, jan.-mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194892/000861665.pdf?sequence=3>. Acesso em set. 2024.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme a constituição: *vefassungskonforme auslegung* no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 19-33, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/500/r143-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em set. 2024.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A Escola da Exegese**: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito. Disponível em: https://www.academia.edu/41145271/A_Escola_da_Exegese_percurso_hist%C3%B3rico_de_uma_simplifica%C3%A7%C3%A3o_e_redu%C3%A7%C3%A3o_do_Direito. Acesso em set. 2024.

TORRES, Mateus Gamba. O Ato Institucional nº 2: lutas judiciais, imprensa e divergências na ditadura civil-militar (1964-1965). **História: Debates e Tendências**, v. 19, n. 3, p. 457-476, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5524/552464576007/552464576007.pdf>. Acesso em set. 2024.

ZANELATO, Bianca Michelli. **A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Bianca-Michelli-Zanelato.pdf>. Acesso em set. 2024.