

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO ARAGUAIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

CURSO DE DIREITO

Laio Damasio Silva

**QUAL O LIMITE DE COMPETÊNCIA HERMENÊUTICA CONCRETISTA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: Um estudo a partir da ADO/26**

BARRA DO GARÇAS– MT

Março/2025

LAIO DAMASIO SILVA

**QUAL O LIMITE DE COMPETÊNCIA HERMENÊUTICA CONCRETISTA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: Um estudo a partir da ADO/26**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso, como requisito para aprovação na disciplina de Monografia II, sob orientação do Prof. Drº Valfredo de Andrade Aguiar Filho.

BARRA DO GARÇAS– MT

Março/2025
LAIO DAMASIO SILVA

**QUAL O LIMITE DE COMPETÊNCIA HERMENÊUTICA CONCRETISTA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: Um estudo a partir da ADO/26**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso, como requisito para aprovação na disciplina de Monografia II, sob orientação do Prof. Drº Valfredo de Andrade Aguiar Filho.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Drº. Valfredo de Andrade Aguiar Filho.
Orientador

Profª. Ma. Bruna Silveira Roncato Aguiar
Membro da Banca

Prof. Me. Antonio Aécio Bandeira da Silva (UFPB)
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Concluir esta monografia foi uma jornada repleta de desafios e obstáculos, muitos dos quais me fizeram pensar em desistir inúmeras vezes. Houve momentos de dúvida, de frustração e até de desânimo, em que as dificuldades pareciam maiores do que a motivação para continuar. Contudo, foram esses momentos de dificuldade que me permitiram perceber o quanto o apoio dos meus amigos e companheiros foi essencial para que eu chegasse até aqui.

Só tenho a agradecer a todos que estiveram ao meu lado, me incentivando e me dando forças para seguir em frente. À minha família e aos meus amigos, que nunca deixaram que eu desistisse, que me escutaram nas horas de desânimo e me ajudaram a ver o valor de continuar a caminhada, muito obrigado. Cada palavra de incentivo, cada gesto de apoio e cada momento compartilhado foram fundamentais para que eu superasse as dificuldades e chegasse à conclusão deste trabalho.

*"Não desista de um sonho, pois a jornada
é difícil, mas a conquista faz tudo valer a
pena."*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites da competência hermenêutica concretista do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, com foco na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, que trata da criminalização da homotransfobia, equiparando-a ao crime de racismo. A pesquisa visa investigar se, ao decidir pela criminalização, o STF ultrapassou os limites de sua função de interpretar a Constituição, invadindo a competência do Legislativo e criando novas normas. O estudo parte da reflexão sobre a judicialização de questões políticas e a teoria concretista, que permite ao Judiciário suprir a omissão do Legislativo quando este não cria normas que garantam direitos fundamentais expressos na Constituição. A análise do STF na ADO 26/DF revela a linha tênue entre a interpretação constitucional e a criação de normas, um processo conhecido como ativismo judicial. A decisão, ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, gerou debate sobre o papel do STF em legislar de maneira indireta, por meio de sua interpretação da Constituição, e sobre os limites dessa ação. Este trabalho examina o conceito de inconstitucionalidade por omissão, a necessidade de o Judiciário intervir na omissão do Legislativo, e os riscos de um poder Judiciário com competência excessiva para modificar a Constituição sem o devido respaldo legislativo. A hermenêutica concretista, abordada na pesquisa, fundamenta-se na ideia de que, em situações de omissão legislativa, o STF pode garantir a eficácia dos direitos constitucionais, assegurando sua implementação prática. Ao mesmo tempo, essa abordagem levanta preocupações sobre a amplitude do poder do Judiciário e sua interação com o Legislativo, questionando até que ponto o Supremo Tribunal Federal, ao usar essa interpretação, não estaria extrapolando seus limites constitucionais, assumindo um papel de legislador. A pesquisa também explora a crítica ao positivismo jurídico e ao constitucionalismo garantista, que emergiu após a superação do positivismo e que, no contexto brasileiro, permite uma interpretação mais expansiva dos direitos fundamentais, sem a necessidade de legislação infraconstitucional. Essa análise do modelo de jurisdição constitucional e da atuação do STF revela um cenário em que a Corte, ao interpretar diretamente os direitos fundamentais, pode violar a separação dos poderes, levando a uma discussão sobre os limites dessa atuação. A partir da ADO 26/DF, a pesquisa busca entender os limites da competência hermenêutica concretista do STF, refletindo sobre a função do Judiciário na efetivação dos direitos constitucionais e a necessidade de equilíbrio entre os poderes. A interpretação da Corte sobre a homotransfobia e sua equiparação ao crime de racismo exemplificam os desafios enfrentados pelo Judiciário em equilibrar a atuação interpretativa com os limites constitucionais e a preservação das competências legislativas.

Palavras-chave: Hermenêutica concretista – STF - ADO 26 - Omissão legislativa

ABSTRACT

This study aims to analyze the limits of the Supreme Federal Court's (STF) concretist hermeneutic competence in Brazil, focusing on Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) No. 26/DF, which deals with the criminalization of homotransphobia, equating it to the crime of racism. The research seeks to investigate whether, in deciding on criminalization, the STF overstepped the limits of its role in interpreting the Constitution, encroaching on the Legislative's competence and creating new norms. The study begins with a reflection on the judicialization of politically controversial issues and the concretist theory, which allows the Judiciary to address legislative omissions when it fails to create norms that guarantee fundamental rights expressed in the Constitution. The STF's analysis in ADO 26/DF reveals the fine line between constitutional interpretation and the creation of norms, a process known as judicial activism. The decision, by equating homotransphobia with the crime of racism, sparked debate about the STF's role in legislating indirectly through its interpretation of the Constitution and the limits of this action. This paper examines the concept of unconstitutionality due to omission, the need for the Judiciary to intervene in legislative omissions, and the risks of an overly powerful Judiciary that can modify the Constitution without proper legislative backing. The concretist hermeneutic, addressed in this research, is based on the idea that, in cases of legislative omission, the STF can ensure the effectiveness of constitutional rights by ensuring their practical implementation. At the same time, this approach raises concerns about the breadth of judicial power and its interaction with the Legislative, questioning whether the STF, by using this interpretation, is overstepping its constitutional limits and assuming a legislative role. The research also explores critiques of legal positivism and constitutionalism, which emerged after the overcoming of positivism and, in the Brazilian context, allows for a broader interpretation of fundamental rights without the need for infraconstitutional legislation. This analysis of the constitutional jurisdiction model and the STF's actions reveals a scenario in which the Court, by directly interpreting fundamental rights, may violate the separation of powers, leading to a discussion about the limits of such actions. From ADO 26/DF, the research seeks to understand the limits of the STF's concretist hermeneutic competence, reflecting on the role of the Judiciary in ensuring constitutional rights and the need for a balance between powers. The Court's interpretation of homotransphobia and its equating with the crime of racism exemplify the challenges the Judiciary faces in balancing interpretive actions with constitutional limits and preserving legislative competences.

Keywords: Concretist hermeneutic – STF - ADO 26 - Legislative inaction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI)

Distrito Federal (DF)

Supremo Tribunal Federal (STF)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE PODER LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1. A divisão de poderes de John Locke	16
1.2. A separação dos poderes de Montesquieu	19
1.3. A separação entre Poder Legislativo e Judiciário na Constituição Brasileira de 1988	23
2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E A HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO DIREITO BRASILEIRO	29
2.1. O estado de inconstitucionalidade por omissão legislativa	30
2.1.1 Histórico da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro	31
2.1.2 Distinção entre omissão legislativa e omissão administrativa	33
2.1.3 A responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional	36
2.1.4 Jurisprudência sobre a inconstitucionalidade por omissão	40
2.2. O desenvolvimento hermenêutico no controle de constitucionalidade por omissão no Brasil	43
2.3. A hermenêutica concretista no sistema brasileiro	46
3 A HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO JULGAMENTO DA ADO/26 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	49
3.1. Paradigma constitucional do julgamento da omissão legislativa	50
3.2. Mutação constitucional e sua aplica�o na ADO 26	52
3.3. A hermenêutica concretista do STF na interpreta�o da Lei do Crime de Racismo	52
3.3.1 A atua�o do STF: legislador positivo ou intérprete constitucional?	55
3.3.2 O critério hermenêutico aplicado � Lei do Crime de Racismo	57
CONSIDERA�OES FINAIS	60

INTRODUÇÃO

O impacto causado pela recente onda de judicialização de questões politicamente controversas reitera a relevância da análise da teoria concretista, a qual pressupõe que o Superior Tribunal Federal supra a omissão do Congresso Nacional em determinado tema quando houver previsão constitucional, e se em alguns casos não estaria o judiciário usurpando a competência do legislativo, ou trespassando os limites de seu poder.

Nosso ordenamento jurídico traz a ideia da ação de declaração de inconstitucionalidade por omissão, para declarar a mora legislativa do congresso, e a ação de mandado de injunção (BRASIL, 2016), que tem por função o ato de suprir a omissão, quando reconhecida a omissão legislativa e impedimento de exercício de um direito fundamental.

Ao enquadrar ao tipo penal de racismo a homotransfobia, pela decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF devido ao reconhecimento da força normativa da constituição, a Suprema Corte dança em uma linha nebulosa entre as competências do legislativo e do judiciário, esta forma de mutação informal ainda não possui balizas ou restrições formais.

O impacto causado pela recente onda de judicialização de questões politicamente controversas, em especial pela decisão do STF na ADO nº 26/DF, fez surgir a necessidade de analisar se a corte constitucional ultrapassou os limites do poder judiciário ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo.

Nossa Corte Constitucional veio a estabelecer a própria competência e trouxe para o judiciário poderes do legislativo, assim fazendo valer desde já o direito constitucional, e excluindo a exigência do intermédio do Congresso para a persecução penal de fato novo (BARROSO, 2010, p. 8).

Faz-se necessária maiores análises da expansão da jurisdição constitucional no Brasil nos últimos anos, onde a Suprema Corte, visando cumprir direitos fundamentais, vem decidindo por trazer à eficácia os direitos expressos na constituição ante a omissão e inércia do poder legislativo.

Esse modelo de constitucionalismo não é algo novo no mundo, tendo surgido na Europa do pós-guerra pela superação do positivismo jurídico, e se expandido na segunda metade do século XX para outros países, é nova, porém, sua aplicação no

Brasil e na América latina, onde chegou apenas na década de 80. (BARROSO, 2010, p. 5).

O modelo visa a proteção constitucional dos direitos fundamentais, para assim protegê-los dos danos da política da maioria (BARROSO, 2010, p. 09), segundo Barroso, com o surgimento e desenvolvimento desse modelo, as normas de direito fundamentais expressas nas constituições puderam ser diretamente aplicadas sem necessitar de intermediação do legislador (BARROSO, 2010, p.7).

A jurisdição constitucional como instrumento de equilíbrio entre os poderes, passou a ser considerada como elemento necessário ao estado democrático de direito, mesmo em países inicialmente aversos a tal ideia, tais como França, Suíça e Reino Unido (STRECK, 2020, p. 8).

Ainda persiste a discussão quanto à aplicação direta dos direitos fundamentais, já que foram expressamente previstos na Carta Maior, ou se a sua eficácia estaria vinculada à criação de legislação infraconstitucional posterior, abrindo assim a possibilidade de renúncia desses direitos, caso não houvesse a legislação infraconstitucional (STRECK, 2020, p. 9).

São manifestas questões tais quais como pode o poder de juízes não eleitos sobrepor a leis elaboradas por representantes do povo escolhidos para tal, e quais são esses limites (STRECK, 2020, p. 7). O poder legislativo deve exercer sua função dentro dos limites da constituição, porém poderia um tribunal determinar ou até ele mesmo regular, ante um parlamento que se omite?

Em contrapartida, apoiadores da atuação do judiciário afirmam que se assim não o fosse, a constituição seria apenas um repositório de promessas vagas que dependeriam do legislador infraconstitucional para se fazer valer (BARROSO, 2010, p. 5), no entanto, quais seriam os seus limites?

Portanto, se faz necessário questionar se a jurisdição constitucional estaria sendo exercida sob critérios claros e firmes, ou estaria recaindo na própria subjetividade do julgador e, por tanto, sendo ela mesma não cumpridora dos limites constitucionais, exercendo um direito de livre criação e não pautado na constituição (STRECK, 2020, p. 4).

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da ADO 26/DF fez com que o ato de homotransfobia fosse entendido como crime e além disso que carregasse consigo as penas e outras características próprias ao tipo penal do

racismo. Ao decidir pela inconstitucionalidade por omissão dos legisladores, a Suprema Corte ampliou o tipo penal.

Ao decidir neste caso, o judiciário delimitou a própria competência para suprir a omissão do legislativo em matéria penal, entrando em uma zona nebulosa entre os poderes do parlamento e os do tribunal constitucional, se auto legitimando ao adentrar em uma parcela de outro poder da república, resta saber se o ato permanece nos limites da interpretação da constituição ou se adentra o poder de legislar. Diante disso, cabe analisar se o STF ultrapassou o limite da hermenêutica concretista no controle de constitucionalidade da ADO/26.

Esta pesquisa tem como tema o estudo sobre qual é o limite de competência hermenêutica concretista do STF partindo do estudo da ADO nº 26/DF e analisando a possibilidade jurídica da Suprema Corte do Brasil suprir uma lacuna do legislativo via controle de constitucionalidade.

O objetivo da pesquisa reside em investigar qual seria limite da competência hermenêutica concretista do STF, que utilizando a decisão na ADO nº 26/DF que trata sobre a interpretação da homotransfobia como espécie do gênero racismo, e, portanto, devendo ter o mesmo tratamento penal.

Para tal fim, faz-se necessário: compreender a separação de funções entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e sua sistemática na Constituição Brasileira de 1988; Compreender a inconstitucionalidade por omissão legislativa e os aspectos da hermenêutica concretista de direitos fundamentais no direito brasileiro e; Compreender a forma em que a hermenêutica concretista foi adotada, especificamente no julgamento da ADO/26 no STF, e analisar a questão dos limites da Suprema Corte nesse julgamento em face da separação dos poderes.

Como metodologia, pretende-se o uso da pesquisa bibliográfica exploratória valendo preponderantemente da plataforma do Google Acadêmico e outras fontes propostas pelo orientador, além dos livros da biblioteca física e digital do campus, e de legislação pertinente, sendo realizadas leituras, fichamentos de obras e artigos científicos. Foram então utilizados os dados encontrados em um estudo de caso da ADO/26 por meio do método dedutivo.

A divisão dos capítulos foi feita de forma a explorar os diferentes aspectos relacionados à separação de funções entre os poderes e ao papel do STF na

interpretação da Constituição brasileira, especialmente no que diz respeito à hermenêutica concretista.

No primeiro capítulo fala sobre a Separação de Funções entre Poder Legislativo e Judiciário no Estado Democrático de Direito, abordando a fundamentação teórica da separação de poderes, trazendo uma contextualização histórica com base nas ideias de John Locke e Montesquieu, buscando entender como esses pensadores influenciaram a estrutura política moderna e a organização do Estado. A partir disso, a análise focará na aplicação dessa teoria no Brasil, conforme estabelecido pela Constituição de 1988. O objetivo é compreender como a separação entre o Poder Legislativo e o Judiciário é essencial para o funcionamento equilibrado do Estado Democrático de Direito, e como ela busca garantir os direitos e liberdades fundamentais.

No segundo capítulo o enfoque será a análise da inconstitucionalidade por omissão, que ocorre quando o Legislativo não cria normas necessárias para a plena efetividade de direitos constitucionais. A hermenêutica concretista será discutida como uma forma de interpretação constitucional utilizada pelo STF para corrigir essas lacunas, garantindo a efetividade dos direitos previstos na Constituição. O capítulo buscará detalhar como o STF tem atuado no controle de constitucionalidade por omissão e como essa atuação influencia o papel do Judiciário no sistema político brasileiro.

No último capítulo é dedicado ao estudo do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, um dos marcos do uso da hermenêutica concretista pelo STF. A análise irá focar no julgamento que envolveu a omissão legislativa sobre a criação de uma norma para tipificar o crime de racismo. Será discutida a postura do STF em adotar uma abordagem ativa para suprir a omissão do legislador, além de questionar até que ponto o Tribunal atuou como legislador positivo ao interpretar a Constituição. O objetivo é analisar os limites da competência hermenêutica concretista do STF e como ela se relaciona com o papel da Corte na interpretação e aplicação da Constituição brasileira.

1 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE PODER LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A teoria da separação dos poderes representa um dos pilares estruturais do Estado Democrático de Direito, sendo essencial para a manutenção do equilíbrio institucional e para a prevenção de abusos de autoridade. A divisão das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se consolidou como um mecanismo de contenção e controle recíproco entre as esferas do poder político. As bases dessa teoria foram profundamente influenciadas por dois pensadores fundamentais do constitucionalismo moderno: John Locke e Montesquieu. Locke, em sua obra, defende que o Poder Legislativo é o soberano, incumbido da criação das leis, enquanto os outros poderes, Executivo e Federativo, têm a função de executar e administrar essas leis, respectivamente.

O Poder Executivo, sob sua ótica, seria responsável por garantir a aplicação prática das normas, enquanto o Federativo, por sua vez, lidaria com as questões externas ao Estado, como a guerra e a paz, desempenhando, de certa forma, um papel similar ao chefe de Estado, conforme observa Peixinho (STRECK, 2008, p. 15).

Porém, foi com Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis* (1748), que a teoria da separação de poderes alcançou sua plena formulação, introduzindo a tripartição dos poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – como conceito essencial para a preservação da liberdade política.

Montesquieu argumenta que a independência funcional entre esses três poderes é vital para evitar a concentração de autoridade e, conseqüentemente, a tirania. A separação não implica em isolamento absoluto, mas sim em uma interdependência equilibrada, em que cada poder deve atuar dentro dos limites de sua competência, ao mesmo tempo em que exerce uma função de controle sobre os outros. Este conceito busca assegurar que a liberdade dos cidadãos seja preservada através da limitação do poder estatal.

No contexto brasileiro contemporâneo, a Constituição de 1988 consagra a estrutura tripartite do Estado, com a separação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um desses poderes exerce funções primárias que lhes são atribuídas pela Carta Magna, mas também há funções secundárias, nas quais órgãos de um poder desempenham atribuições típicas de outro.

Um exemplo disso são os decretos e portarias do Poder Executivo, que frequentemente adotam funções legislativas, ou as Comissões Parlamentares de Inquérito criadas pelo Poder Legislativo, que possuem características típicas do Poder Judiciário, atuando na apuração de infrações. No entanto, a análise da divisão funcional entre os poderes no âmbito da Constituição de 1988 deve ser contextualizada à luz de debates contemporâneos, como os apresentados pelos juristas Luís Roberto Barroso e Lenio Luiz Streck, que discutem as complexidades e as tensões dessa separação em face da prática constitucional brasileira.

1.1. A divisão de poderes de John Locke

Num contexto histórico é interessante analisar a ideia da teoria da separação de poderes, conforme elaborada por John Locke, que constitui-se como um dos alicerces do pensamento político moderno. Em sua obra seminal *Dois Tratados sobre o Governo*, argumenta que, para assegurar a liberdade e os direitos fundamentais dos indivíduos, o poder deve ser estruturado de forma a evitar sua concentração. Em sua visão, o poder político deve ser subdividido em três esferas distintas: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Cada um desses poderes desempenha uma função específica, mas, ao mesmo tempo, interage de forma que preserve a liberdade do cidadão e promova o bem comum (DIAS, 2024).

Locke posiciona o Poder Legislativo como o poder supremo dentro do Estado, sendo responsável por estabelecer as leis que regerão a sociedade e, como tal, possui a autoridade máxima, pois é o único poder que tem o direito de definir as regras que regerão a convivência social. Não cabe a nenhum outro poder criar leis com a força e a obrigatoriedade das normas emanadas, uma vez que este poder detém o consentimento dos governados, fundamentado na legitimidade conferida pelo pacto social (LOCKE, 2018, p. 321).

O legislativo ainda está vinculado à lei da natureza e muito do que ele faz é estabelecer leis que promovam os objetivos da lei natural e especifiquem punições apropriadas para eles (LOCKE, 2018, p.135).

Esse poder, portanto, é intransferível e deve ser exercido apenas pelos representantes eleitos para tal fim, seja uma assembleia ou, em certos contextos,

um monarca. A criação de leis não pode ser delegada a outros, pois, para Locke, o poder de legislar é distinto do poder de nomear quem terá a capacidade de criar leis. Essa distinção reflete a ideia central de que o Legislativo deve ser composto por aqueles que são diretamente legitimados pelo povo.

O pensamento de Locke vai além ao tratar da separação entre os outros dois poderes, Executivo e Federativo. O Poder Executivo, responsável pela execução das leis criadas pelo Legislativo, deve ser independente, mas também subordinado ao cumprimento das normas estabelecidas. É possível alerta para os perigos de um Executivo que detivesse, simultaneamente, a função legislativa, já que isso poderia levar à manipulação das leis para fins próprios, prejudicando o bem-estar coletivo e permitindo que o governante se isentasse da obediência às normas que ele mesmo criaria (NASCIMENTO, 2017). Isso representaria uma ameaça à liberdade dos cidadãos, pois o governante passaria a atuar em benefício próprio e não da sociedade. Assim, a separação entre o Legislativo e o Executivo garante que os interesses individuais não prevaleçam sobre o interesse público, preservando o equilíbrio e a justiça social.

O Poder Federativo, por sua vez, assume um papel distinto dos outros dois, mas igualmente importante. Ele lida com as questões externas ao Estado, como a condução de assuntos de guerra e paz. Esse poder, embora também de grande importância para a estabilidade do Estado, não deve se sobrepor às funções do Legislativo ou do Executivo em termos internos.

A separação entre os poderes é mantida para evitar a concentração de autoridade, mas, paradoxalmente, Locke reconhece que em algumas monarquias ou sistemas políticos bem estruturados, o Poder Executivo e o Federativo podem ser exercidos pela mesma pessoa, desde que respeitada a independência do Legislativo. O governo deve ser essencialmente transparente e comprometido com o bem comum, de modo que nenhum poder, por mais que tenha funções distintas, possa ser superior a outro sem o devido consentimento da sociedade (DIAS, 2024).

Locke (2019) também analisa a necessidade de que o Poder Legislativo seja temporário e não permanente, uma vez que as leis criadas por ele são duradouras e exigem uma execução contínua. Como as leis precisam ser implementadas de maneira constante e eficaz, defendendo a existência de um Poder Executivo permanente, que se encarregue de assegurar que as normas estabelecidas sejam cumpridas. Este poder, portanto, seria um poder de execução e não de criação de

leis, refletindo uma função subordinada, mas igualmente necessária, para o funcionamento do Estado. Esse modelo de separação de poderes visa evitar que qualquer um dos poderes se torne absoluto e autoritário, garantindo que a liberdade e os direitos dos cidadãos sejam respeitados.

É importante destacar que, para Locke (2019), o conceito de separação de poderes está profundamente ligado à ideia de governo legítimo, ou seja, àqueles que governam devem ser investidos de autoridade através do consentimento popular. Este conceito está no cerne do pensamento lockeano, uma vez que, ao sustentar que o governo é uma instituição voluntária, baseada no pacto social, ele fundamenta a legitimidade do poder em uma autoridade derivada diretamente da sociedade. Portanto, o papel do Legislativo é direito constitucional, não apenas porque é o poder supremo, mas também porque é o mais diretamente vinculado à vontade do povo.

Em seu entendimento, a legitimidade do governo depende da preservação dos direitos naturais dos indivíduos — vida, liberdade e propriedade. O governo, na visão de Locke, não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um meio de garantir a proteção desses direitos. Assim, qualquer violação dos direitos naturais por parte do governo legitimaria a resistência ou, em última instância, a revolução, na teoria política lockeana. Essa concepção de governo como instrumento de proteção dos direitos humanos e se reflete diretamente na separação de poderes proposta, pois visa impedir que o poder se concentre em um único órgão ou instituição.

Locke enfatiza ainda a importância do critério de "separação e independência" entre os poderes, mas não de um isolamento absoluto. Cada um dos poderes deve interagir e se fiscalizar mutuamente, de modo que, embora independentes em suas funções, eles atuem de maneira harmônica e equilibrada. Aonde a função do Poder Executivo é também limitar-se ao cumprimento das leis feitas pelo Legislativo, sem a capacidade de interferir no processo ou modificar as normas de forma arbitrária. Isso fortalece a ideia, por ser o poder que cria as leis, deve ser supremamente respeitado e não submisso a nenhum outro poder.

Locke também se opõe à ideia de que o monarca ou governante tenha o poder absoluto, especialmente no que diz respeito à criação de leis e à sua execução. Para ele, a concentração de poder nas mãos de um único governante ou instituição leva à tirania, o que comprometeria a liberdade do povo e o equilíbrio do

Estado. A separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Federativo serve, portanto, como uma salvaguarda contra o autoritarismo e garante que a sociedade possa se organizar de forma justa e equilibrada.

Ao tratar da questão da guerra e paz, Locke atribui ao Poder Federativo a responsabilidade de representar o Estado nas relações internacionais e conduzir a política externa. Esse poder, por ser voltado para a preservação da segurança do Estado no plano externo, deve ser independente, mas não deve entrar em conflito com o funcionamento dos outros dois poderes internos, o Legislativo e o Executivo (LOCKE, 2019).

O papel do Poder Federativo, portanto, não é legislativo, mas essencialmente estratégico, voltado para a manutenção da ordem e da estabilidade do Estado perante o mundo.

Por fim, a teoria da separação de poderes de Locke (2019) não deve ser compreendida como uma simples divisão funcional, mas como um princípio ético e político que visa garantir a liberdade do cidadão e evitar o abuso de poder. Em sua obra, não apenas defende uma estrutura política, mas também estabelece um modelo de governança que deve estar sempre voltado para a proteção dos direitos naturais, para a justiça e para a preservação da paz social. A interdependência entre os poderes, a busca pelo bem comum e a liberdade individual constituem, assim, os elementos centrais de sua teoria política.

1.2. A separação dos poderes de Montesquieu

A “separação dos poderes”, conforme apresentada por Montesquieu em sua obra *De l'Esprit des Lois* (Sobre o Espírito das Leis), é um princípio para a estruturação dos governos modernos, cujo objetivo é evitar o abuso de poder e garantir a liberdade dos cidadãos, aonde construiu sua teoria a partir das ideias de autores como John Locke, mas trouxe uma contribuição significativa ao enfatizar a necessidade de uma divisão clara entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para ele, a liberdade é perdida quando esses poderes não são mantidos em esferas distintas, permitindo que qualquer um deles possa dominar os outros, o que resultaria em um regime despótico.

O conceito de “separação dos poderes”, embora claramente associado a Montesquieu, não é de sua invenção. Como observou o filósofo político Michael

Oakeshott, o autor francês resgatou e adaptou a proposta de Locke, mas foi sua análise sobre a constituição e a funcionalidade desses poderes que lhe conferiu destaque, acreditando que a separação não deveria ser absoluta, mas que cada poder deveria ser exercido por pessoas diferentes e em esferas específicas, com o intuito de preservar a liberdade do indivíduo e evitar a tirania (MARCOLINO, 2024).

Assim, a grande inovação foi perceber que a “separação dos poderes” deveria se dar não apenas na prática, mas também nas funções e nas pessoas que as exercem, criando um sistema de freios e contrapesos, no qual cada poder exerce algum controle sobre os outros, impedindo o exercício absoluto da autoridade.

Apesar de reconhecer que a “separação dos poderes” é essencial para a manutenção da liberdade, Montesquieu não especifica claramente os limites precisos de cada poder. Em seu *De l'Esprit des Loix*, ele afirma que:

o Legislativo deve ser responsável pela criação das leis, o Executivo pela execução dessas leis e o Judiciário pela aplicação delas, mas não descreve com detalhes os mecanismos de controle entre esses poderes (MONTESQUIEU, 1770, p.53).

Essa imprecisão, conforme observou o sociólogo Max Weber, é uma característica que permite certa flexibilidade na aplicação dos princípios de Montesquieu em diferentes contextos políticos e históricos. A “separação dos poderes”, portanto, funciona mais como um princípio orientador do que como uma doutrina rígida, dando margem para a adaptação das funções de cada poder conforme as necessidades da sociedade (ACKERMAN, 2014).

Montesquieu adotou uma visão crítica da natureza humana, considerando que o homem, por sua tendência ao egoísmo e ao desejo de poder, é suscetível ao abuso quando investido de autoridade. Nesse sentido, a “separação dos poderes” é uma forma de mitigar essa propensão humana para o autoritarismo, pois ao distribuir as funções governamentais entre diferentes ramos, assegura-se que nenhum poder possa se sobrepor aos demais. Essa visão encontra eco na teoria política de autores como Thomas Hobbes e John Locke, mas Montesquieu vai além ao introduzir o conceito de um Judiciário independente, essencial para a preservação da liberdade e a manutenção do Estado de direito (CEZARIO, 2010).

A teoria da “separação dos poderes” de Montesquieu foi decisiva para a criação das constituições modernas, particularmente na Revolução Americana e na Revolução Francesa. No entanto, a aplicação prática de sua teoria não foi isenta de

controvérsias e para evitar o abuso de poder, o Executivo não deveria ter o poder de legislar, nem o Legislativo o poder de julgar. A sua proposição de um Judiciário independente foi uma contribuição importante, pois reconheceu a necessidade de um poder que não estivesse sujeito à influência dos outros dois, garantindo a imparcialidade e a justiça no tratamento das leis. Para ele, os juízes deveriam ser imparciais, e o poder judiciário não poderia ser integrado ao Legislativo ou Executivo, sob pena de comprometer a própria liberdade do indivíduo (CEZARIO, 2010).

Porém, a “separação dos poderes” proposta por Montesquieu não excluía a possibilidade de interação entre eles. Embora os três poderes devessem ser distintos, ele acreditava que seria necessário que houvesse uma interação limitada entre eles, com um sistema de freios e contrapesos. Esse sistema permitiria que cada poder tivesse meios de controlar os outros, garantindo que nenhum deles se tornasse absoluto. E não defendia a autonomia total dos poderes, mas antes um equilíbrio entre eles, de modo que a ação de um poder fosse moderada pela atuação dos outros. A ideia de um governo moderado, que não caísse em excessos, era central em sua proposta.

Em sua análise do governo britânico, Montesquieu foi enfático ao defender a independência do Judiciário, destacando o papel dos tribunais como um meio de garantir a liberdade e a justiça. Para ele, a separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário deveria ser absoluta no que se refere à sua função, mas não necessariamente à composição das pessoas que os exerciam. Isso significava que, embora os poderes fossem distintos, um sistema de freios e contrapesos permitia uma interação entre eles, assegurando que cada um tivesse no controle dos outros. Aonde reconhecia que, na prática, o exercício do poder judicial poderia ser influenciado por fatores externos, mas ele acreditava que, em um sistema ideal, o Judiciário deveria ser imparcial e independente (LOURENÇO; CABRAL; SOUZA, 2022).

É importante destacar que, embora Montesquieu tenha proposto a “separação dos poderes” como um princípio essencial para a liberdade, ele não a aplicou de forma rígida e dogmática. Sua abordagem era flexível, reconhecendo que, em determinados contextos históricos e políticos, a interação entre os poderes poderia ser necessária para garantir o funcionamento eficaz do Estado.

Essa visão é compartilhada por teóricos contemporâneos, como Alexis de Tocqueville, que também via a separação dos poderes como um mecanismo

importante para garantir a liberdade, mas que reconhecia a complexidade das relações entre os poderes no funcionamento do Estado (LOURENÇO; CABRAL; SOUZA,2022).

A teoria da “separação dos poderes”, teve grande impacto no desenvolvimento das constituições modernas, especialmente na criação do sistema de freios e contrapesos dos Estados Unidos. A Constituição Americana de 1787, que estabeleceu a separação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, foi diretamente influenciada por Montesquieu. Entretanto, a aplicação da teoria nos Estados Unidos não se deu de forma pura, mas sim com a adaptação da ideia de freios e contrapesos, permitindo uma interação entre os três poderes que não comprometesse a liberdade dos cidadãos.

A aplicação da separação dos poderes em diferentes países tem sido objeto de debates contínuos. Em algumas constituições, é mais rígida, com a tentativa de garantir a independência dos três poderes. Em outros sistemas, como no Brasil, a separação é mais flexível, permitindo que os poderes interajam de maneira mais direta, como é o caso do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário sobre as leis aprovadas pelo Legislativo. Isso reflete a adaptação da teoria de Montesquieu às realidades políticas e sociais de cada país.

Apesar da flexibilidade e da adaptação de sua teoria, Montesquieu foi pioneiro ao demonstrar que a “separação dos poderes” não deveria ser apenas uma questão de forma, mas uma questão substancial para garantir a liberdade e evitar o abuso de poder. Ele acreditava que a verdadeira liberdade só seria possível se os poderes do Estado fossem limitados e distribuídos de maneira equilibrada, garantindo que nenhum poder fosse absoluto. Seu pensamento continua a influenciar a teoria política contemporânea, sendo um dos pilares do constitucionalismo moderno.

A doutrina da “separação dos poderes”, apesar de ser desenvolvida em um contexto específico, oferece um modelo atemporal de organização do poder, essencial para evitar a concentração de autoridade e a tirania. Sua proposta continua sendo uma referência para os estudiosos do direito constitucional e da teoria política, sendo aplicada e reinterpretada em diferentes momentos históricos e contextos políticos (LOURENÇO; CABRAL; SOUZA,2022).

Assim, a “separação dos poderes” de Montesquieu é uma teoria que sustenta a estrutura do governo moderno. Sua proposta de divisão do poder entre Legislativo, Executivo e Judiciário é uma salvaguarda contra o abuso de autoridade,

estabelecendo um sistema no qual os poderes são independentes, mas ao mesmo tempo interdependentes, funcionando dentro de um sistema de freios e contrapesos. Ao enfatizar a necessidade de um Judiciário independente e a distribuição das funções governamentais, proporcionando uma base teórica sólida para o desenvolvimento de sistemas políticos que buscam garantir a liberdade e a justiça.

1.3. A separação entre Poder Legislativo e Judiciário na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer a separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, fundamenta-se na clássica teoria de Montesquieu, segundo a qual “não há liberdade se os poderes não forem separados” (MONTESQUIEU, 1748, p. 157).

A divisão entre esses dois poderes visa assegurar o equilíbrio e a harmonia do sistema político e jurídico, prevenindo abusos e concentrando funções em esferas distintas e independentes, o que se reflete em dispositivos normativos contidos na Carta Magna.

O artigo 2º da Constituição de 1988 estabelece a divisão dos Poderes da seguinte forma: “A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, organizar-se-ão, de acordo com a Constituição, em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si” (BRASIL, 1988). Tal formulação visa garantir a estabilidade democrática e o respeito aos direitos fundamentais.

A separação entre o Poder Legislativo e o Judiciário, em particular, está diretamente relacionada à atribuição do Legislativo de criar normas jurídicas e ao papel do Judiciário de interpretar e aplicar essas normas.

O artigo 92 da Constituição de 1988, ao listar os órgãos do Poder Judiciário, reforça a independência e a autonomia desse poder frente aos outros.

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o STF; I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016) III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O STF, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN

3392) § 2º O STF e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A definição dessa separação encontra respaldo na ideia de Montesquieu de que "o judiciário deve ser um poder independente, livre de pressões externas" (MONTESQUIEU, 1748, p. 162).

No entanto, a separação não é absoluta, pois o sistema de freios e contrapesos, também denominado *checks and balances*, requer uma interação entre os Poderes para garantir a fiscalização mútua. Nesse sentido, o Judiciário exerce controle sobre as leis aprovadas pelo Legislativo, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, que tem como objetivo assegurar a conformidade das normas infraconstitucionais com a Carta Magna.

O artigo 102 da Constituição de 1988 confere ao STF a competência para realizar esse controle, como pode ser observado no inciso I, que dispõe: "Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, mediante provocação, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" (BRASIL, 1988).

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do

STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A função legislativa do Congresso Nacional é limitada pela jurisdição do STF, que pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Essa atuação do Judiciário, embora restrita ao controle da conformidade das normas com a Constituição, demonstra que, em certos casos, o Judiciário atua de maneira direta sobre a criação e interpretação das normas do Legislativo. Isso reflete a dinâmica de controle entre os Poderes, que, conforme o entendimento de Barroso (2018), tem sido intensificada com a redemocratização do Brasil, ampliando a função do Judiciário na proteção de direitos fundamentais e na fiscalização das ações do Legislativo e Executivo.

O controle de constitucionalidade exerce, portanto, uma função central para a manutenção da separação entre os poderes. Não obstante, a Constituição de 1988 assegura ao Poder Legislativo a prerrogativa de controlar o Judiciário, como no caso do impeachment, quando o Congresso Nacional tem competência para processar e

julgar o presidente da República, ministros de Estado e ministros do STF por crime de responsabilidade, conforme previsto no artigo 52, inciso I (BRASIL, 1988).

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

Essa disposição reflete a necessidade de equilíbrio entre os Poderes e a garantia de que nenhum poder seja excessivamente preponderante sobre os outros.

Por outro lado, o artigo 96 da Constituição confere ao Judiciário a capacidade de criar normas de administração interna, tais como os regimentos internos dos tribunais, o que é considerado uma função atípica do Judiciário, mas que ainda assim se insere no processo de organização e funcionamento da instituição. Esse mecanismo de autorregulação do Judiciário não se sobrepõe às suas funções típicas de julgar, mas garante a autonomia do Poder Judiciário, permitindo-lhe organizar seus processos e administrar seus recursos de forma independente, o que é essencial para a manutenção da separação entre os poderes.

A Constituição de 1988 também prevê, de maneira indireta, uma atuação do Judiciário em funções normalmente atribuídas ao Legislativo, como a análise de medidas provisórias. No artigo 62, a Carta Magna estabelece que o Presidente da República pode editar medidas provisórias com força de lei, sujeitas à apreciação pelo Congresso Nacional, mas, em caso de omissão legislativa, o Judiciário pode se pronunciar sobre a matéria.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Nesse sentido, embora a competência primária de criar leis pertença ao Legislativo, a judicialização das medidas provisórias é uma maneira de garantir que o processo legislativo seja respeitado, evitando abusos de poder por parte do Executivo.

Em que pese as interações entre os poderes, a separação entre Legislativo e Judiciário é clara nas funções fundamentais que cada um exerce. A função

legislativa é exclusiva do Congresso Nacional, e a função jurisdicional é atribuída aos órgãos judiciais, conforme os artigos 44 e 92 da Constituição. A interferência entre os Poderes deve ser mínima e limitada a ações específicas que não comprometam a independência de cada um. O STF, por exemplo, não pode criar leis, mas pode, sim, declarar a inconstitucionalidade de normas criadas pelo Legislativo, conforme sua função de controle de constitucionalidade.

A função do STF, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, tem sido amplamente discutido, especialmente após a Constituição de 1988, que lhe conferiu uma função proeminente no cenário político e jurídico brasileiro. Segundo Canotilho (2011), a função de controle de constitucionalidade é um “instrumento de fortalecimento da democracia”, pois garante que as leis sejam compatíveis com os princípios constitucionais. O autor enfatiza que essa função de fiscalização é uma das formas mais eficazes de preservar a separação entre os Poderes e assegurar a limitação do poder estatal.

Em relação ao Poder Legislativo, a Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 49 a competência para aprovar atos normativos de relevância, como a declaração de guerra e a autorização para a criação de impostos, que, por sua natureza, são atos exclusivos do Congresso Nacional. Dessa forma, a Constituição busca evitar que o Judiciário ou o Executivo usurpem funções legislativas, reforçando a autonomia de cada Poder.

Apesar disso, a separação entre os Poderes não significa uma separação absoluta. A Constituição de 1988 institui o princípio da harmonia e independência, de forma que os Poderes devem atuar de maneira coordenada e equilibrada. O sistema de freios e contrapesos, que Montesquieu já preconizava, é uma das bases do Estado de Direito brasileiro, permitindo que os Poderes se fiscalizem mutuamente e garantindo que nenhum poder se sobreponha aos outros.

A busca por uma relação harmônica entre o Legislativo e o Judiciário é evidenciada pelo fato de que o controle de constitucionalidade não visa deslegitimar o Legislativo, mas garantir que as leis criadas respeitem os princípios constitucionais. A Constituição de 1988, ao estabelecer essa separação de funções, busca evitar que um Poder invada a esfera de competência do outro, criando um sistema equilibrado que favorece a estabilidade política e a proteção dos direitos fundamentais.

A atuação do Judiciário também se reflete nas suas funções atípicas, como a criação de normas internas de organização do poder, mas sempre em conformidade com a sua função principal de julgar e garantir a efetividade das normas constitucionais. O respeito à autonomia do Poder Judiciário, que deve ser preservada por sua independência, é para assegurar que a separação entre os Poderes seja efetiva e que cada um exerça suas funções de maneira plena.

Portanto, a Constituição de 1988, ao estabelecer a separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, busca equilibrar a atuação de ambos, permitindo que as funções de cada um sejam exercidas de maneira harmônica e coordenada. Ao mesmo tempo, o sistema de controle e fiscalização mútua entre os Poderes assegura que não haja abusos ou violação de direitos fundamentais, garantindo, assim, a efetividade da democracia no Brasil.

2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E A HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO DIREITO BRASILEIRO

A inconstitucionalidade por omissão e a hermenêutica concretista no direito brasileiro são temas que emergem de uma complexa interação entre os valores constitucionais e a necessidade de efetivação desses direitos no cenário fático. A Constituição de 1988, com sua extensa gama de normas e princípios, estabelece um conjunto de direitos e garantias que exigem a atuação do legislador para sua concretização. Contudo, a omissão legislativa em regulamentar ou implementar essas disposições pode gerar situações de inconstitucionalidade, na medida em que impede a plena efetividade da Carta Magna. O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão ocorre, portanto, quando o legislador não exerce sua função de regulamentar ou criar normas que tornem viáveis os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

A hermenêutica concretista, por sua vez, surge como um mecanismo interpretativo que busca a concretização dos direitos constitucionais no caso concreto, especialmente quando a omissão legislativa ou a lacuna normativa impede a plena realização dos preceitos constitucionais. Em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição é a norma suprema, a atuação do Poder Judiciário, através da interpretação concreta das normas constitucionais, torna-se para preencher as lacunas e assegurar a eficácia das disposições constitucionais. A hermenêutica concretista, portanto, busca a aplicação dos princípios constitucionais de maneira que se adequem à realidade social e jurídica, dando resposta às demandas da sociedade, mesmo quando o legislador se omite.

O STF, ao atuar nesse contexto, tem sido responsável por enfrentar a inconstitucionalidade por omissão, preenchendo as lacunas legislativas e garantindo a efetividade dos direitos fundamentais. Sua função, nesse aspecto, é interpretar a Constituição de forma a assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos, mesmo que, em determinadas situações, a omissão do legislador obstaculize a implementação de certas normas. A jurisprudência do STF, em diversos julgados, reflete a atuação da Corte como um órgão de controle da constitucionalidade, adotando, em muitos

casos, a hermenêutica concretista para resolver questões que demandam uma interpretação mais flexível e adaptada ao contexto social.

Dessa forma, a inconstitucionalidade por omissão e a hermenêutica concretista se apresentam como instrumentos indispensáveis para a efetivação dos direitos constitucionais no Brasil. Ambos os conceitos refletem a necessidade de um Judiciário ativo, capaz de interpretar a Constituição à luz das demandas atuais da sociedade, corrigindo falhas legislativas e preenchendo lacunas normativas para assegurar a plena vigência dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre a atuação legislativa e judicial é essencial para a harmonia e estabilidade do Estado Constitucional, garantindo que os direitos previstos na Constituição não permaneçam apenas no plano teórico, mas sejam efetivamente concretizados na vida dos cidadãos.

2.1. O estado de inconstitucionalidade por omissão legislativa

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o legislador deixa de regulamentar uma norma constitucional de forma obrigatória, resultando na ausência de normas infraconstitucionais necessárias para a plena eficácia de determinados preceitos constitucionais.

De acordo com o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", indicando que a ausência de legislação infraconstitucional não pode impedir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Essa omissão, quando verificada, pode ser corrigida por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme o artigo 103 da CF, que confere ao STF competência para declarar a inconstitucionalidade por omissão quando se verificar a falta de norma regulamentadora. Como assevera o jurista Luís Roberto Barroso (2018), "a omissão legislativa, ao deixar de atender à exigência de regulamentação constitucional, impede o exercício pleno de direitos fundamentais".

O fundamento da inconstitucionalidade por omissão está no princípio da supremacia da Constituição e na necessidade de garantir a eficácia dos direitos e princípios nela previstos. Em uma análise aprofundada, como observa Araujo (2021), a inconstitucionalidade por omissão resulta da não-observância da obrigatoriedade

de regulamentação constitucional, que pode ser imposta a diferentes órgãos, seja ao legislador ordinário ou ao poder público em geral. A omissão legislativa, portanto, não pode ser aceita como justificativa para a não-execução de normas constitucionais, especialmente em questões que envolvem direitos fundamentais ou normas de caráter geral, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

A inconstitucionalidade por omissão, portanto, revela-se como uma falha no cumprimento da função do Estado em garantir a plena realização dos direitos constitucionais, sendo um mecanismo para assegurar a continuidade da eficácia das normas da Constituição Federal.

2.1.1 Histórico da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro

Historicamente, o Brasil, sob as constituições anteriores, não possuía um mecanismo específico para lidar com a inconstitucionalidade por omissão. Na Constituição de 1967, por exemplo, não havia previsão expressa para tal situação, o que dificultava a resolução de impasses relacionados à falta de regulamentação de certos dispositivos constitucionais

De acordo com Araujo (2021)"a omissão do legislador, que impede a realização plena dos direitos fundamentais, constitui uma violação ao princípio da supremacia da Constituição e à sua eficácia plena". Foi, portanto, a Constituição de 1988 que consagrou de maneira mais clara a inconstitucionalidade por omissão, incluindo mecanismos legais para combater a omissão legislativa e garantir a proteção dos direitos constitucionais.

O marco inicial para o tratamento da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro foi a Constituição de 1988, que, em seu artigo 103, permite que qualquer pessoa com legitimidade possa ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A criação dessa previsão legal possibilitou ao STF a função de declarar a inconstitucionalidade por omissão, assegurando que a ausência de normas infraconstitucionais que regulamentassem a Constituição não impedisse a efetividade de direitos constitucionais fundamentais. O artigo 103 da Constituição estabelece que a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer em virtude da não regulamentação de normas constitucionais que são necessárias para

a realização plena dos direitos fundamentais, atribuindo ao STF a função de corrigir essa falha legislativa.

Em sua análise histórica, Ferreira e Ferreira (2021) destaca que, após a Constituição de 1988, a noção de inconstitucionalidade por omissão passou a ser um mecanismo de controle de conformidade entre o texto constitucional e a realidade legislativa. O reconhecimento de que a omissão legislativa não pode ser uma justificativa para a não aplicação de normas constitucionais se tornou uma das bases para o fortalecimento da função do STF na interpretação da Constituição, que passou a atuar de maneira mais incisiva para suprir lacunas normativas. Além de aponta que a omissão não pode ser encarada como uma "ausência de responsabilidade", pois ela pode prejudicar a efetividade dos direitos constitucionais e o funcionamento do Estado de Direito.

Ainda, a introdução de um controle jurisdicional sobre a omissão legislativa levou ao aprofundamento da teoria da inconstitucionalidade por omissão, com a ampliação das discussões sobre os direitos fundamentais, os deveres do Estado e a função da Constituição em garantir a plena efetividade dos direitos. Em especial, a partir da década de 1990, o STF passou a adotar uma postura mais proativa em relação à inconstitucionalidade por omissão, especialmente em questões que envolviam a proteção dos direitos humanos e a regulamentação de normas que impactam diretamente a vida dos cidadãos. A jurisprudência do Supremo contribuiu para a consolidação da noção de que a omissão legislativa em determinadas áreas pode configurar uma violação constitucional (DINIZ, 2021).

No campo do direito, a inconstitucionalidade por omissão se associou, também, ao debate sobre a eficácia das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito à obrigatoriedade de sua implementação. Conforme argumenta Alexandre de Moraes, a ausência de regulamentação não pode ser interpretada como uma aceitação tácita de uma ineficácia da Constituição, uma vez que a sua plena efetividade depende da concretização dos preceitos nela estabelecidos. A omissão legislativa, portanto, deve ser tratada como um obstáculo à concretização dos direitos fundamentais e da justiça social, sendo necessário que o Judiciário atue para corrigir tal falha.

O controle da inconstitucionalidade por omissão, a partir da Constituição de 1988, permitiu que o STF desempenhasse uma posição na definição da eficácia dos direitos fundamentais, em especial quando o legislador não cumpria com sua

obrigação de regulamentar normas essenciais. Um exemplo claro dessa atuação é a decisão do STF em 2010, no julgamento da ADI 1.180, que declarou a inconstitucionalidade por omissão em razão da ausência de regulamentação da lei sobre a proteção dos direitos dos deficientes. O Supremo determinou que, diante da omissão do legislador, deveria ser conferida uma interpretação conforme a Constituição, o que demonstrou a flexibilidade do STF em relação à aplicação das normas constitucionais (DINIZ, 2021).

A Constituição de 1988 também consagrou a ideia de que a inconstitucionalidade por omissão não se aplica apenas ao legislador ordinário, mas também aos órgãos do Poder Executivo e até mesmo ao Poder Judiciário, quando se omitem em relação à implementação de normas constitucionais. Segundo Barbosa (2023) a omissão não se limita a um simples atraso legislativo, mas envolve uma falha estrutural que afeta a ordem constitucional como um todo, prejudicando a realização de direitos e a ordem democrática. Nesse sentido, a Constituição exige que os poderes públicos, em todos os níveis, atuem para cumprir suas obrigações constitucionais.

O reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, portanto, reflete a compreensão de que a Constituição não é um texto abstrato, mas um instrumento de transformação da realidade. Assim, a omissão legislativa, seja por negligência ou por falhas na implementação das normas, deve ser corrigida por meio de mecanismos legais que assegurem a plena eficácia dos direitos constitucionais. O reconhecimento de que a omissão pode configurar uma inconstitucionalidade, desde que comprometa a efetividade de normas essenciais à realização da justiça, consolida o entendimento de que a Constituição de 1988 busca a proteção de direitos em sua totalidade, exigindo uma atuação constante dos órgãos públicos.

2.1.2 Distinção entre omissão legislativa e omissão administrativa

A distinção entre omissão legislativa e omissão administrativa é para o entendimento da aplicação das normas constitucionais e para o delineamento das responsabilidades de cada Poder no Estado brasileiro. A omissão legislativa ocorre quando o legislador não cumpre o dever de regulamentar uma norma prevista na Constituição ou em outra legislação infraconstitucional. Isso implica a ausência de

criação de normas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais ou para a regulamentação de preceitos constitucionais.

Já a omissão administrativa refere-se à falha do Poder Executivo, ou de seus agentes, em implementar as normas existentes ou em cumprir suas obrigações administrativas de forma eficaz. Embora ambas as omissões impliquem o não cumprimento de uma obrigação constitucional, elas ocorrem em esferas e com responsabilidades distintas, com impactos diversos no ordenamento jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, § 1º, estabelece a eficácia plena dos direitos e garantias nela previstos, sendo responsabilidade do legislador federal criar as normas infraconstitucionais necessárias para garantir a implementação desses direitos. A omissão legislativa, portanto, surge quando o legislador não adota as medidas necessárias para dar efetividade a tais direitos. A inércia do legislador, que falha na sua obrigação de editar normas regulamentadoras, é considerada uma violação indireta da Constituição.

Em relação à omissão administrativa, o mesmo artigo 5º, § 1º, estabelece que é dever dos órgãos do Executivo garantir a implementação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Quando o Executivo falha em cumprir com essas normas, configurando a omissão administrativa, ele se vê sujeito a controle judicial, principalmente se houver violação de direitos fundamentais.

A distinção entre omissão legislativa e administrativa está, portanto, no Poder responsável pela ação ou pela inação. O legislador tem a obrigação de criar as normas que concretizam os direitos fundamentais, enquanto o Executivo tem o dever de implementá-las. Barbosa (2023) explica que a omissão legislativa se refere à "não criação da norma, enquanto a omissão administrativa se refere à ineficácia ou à não aplicação da norma existente". A omissão legislativa, portanto, não é passível de ser corrigida pela administração pública, sendo de competência do Judiciário, enquanto a omissão administrativa pode ser corrigida por ação administrativa ou judicial.

O controle da omissão legislativa no Brasil é realizado pelo STF, que pode declarar a inconstitucionalidade por omissão, conforme o artigo 103, § 2º da Constituição de 1988, se o legislador não regulamentar norma constitucional essencial para a efetivação de direitos fundamentais.

Esse controle judicial ocorre por meio da ADO, prevista no artigo 103, § 2º da Constituição. Em contrapartida, a omissão administrativa é analisada de forma

diferente. Embora o Judiciário tenha competência para controlar a omissão do Executivo, por meio de mandado de segurança, ação popular e outros mecanismos processuais, o Executivo tem maior autonomia para decidir como implementar as normas constitucionais, desde que sua ação esteja em conformidade com a Constituição e com os princípios da administração pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme preconizado no artigo 37 da Constituição.

Em relação à omissão legislativa, a jurisprudência do STF tem se posicionado de forma a garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais. No caso da omissão legislativa em relação a normas que garantem direitos sociais ou individuais, o STF tem atuado para suprir as lacunas criadas pela inércia do legislador. O entendimento é de que a omissão não pode ser um obstáculo à realização dos direitos previstos na Constituição. Já a omissão administrativa, embora também seja considerada uma falha constitucional, está mais voltada à atuação dos agentes públicos na implementação de políticas públicas e na execução de leis e regulamentos.

Campos (2015) defende que a omissão legislativa é mais grave, pois impede a concretização de direitos constitucionais, enquanto a omissão administrativa pode ser corrigida por medidas mais específicas e imediatas. Segundo o autor, a omissão legislativa constitui uma "violação direta do princípio da supremacia da Constituição", uma vez que impede o legislador de realizar o que foi estabelecido pela Carta Magna. Em contraste, a omissão administrativa, embora prejudique a implementação da Constituição, não configura uma violação direta de seus princípios, pois o Executivo tem maior margem de discricionariedade para adotar suas políticas públicas.

Além disso, enquanto a omissão legislativa pode ser combatida por meio de ações judiciais como a ADO, a omissão administrativa é corrigida por outras vias, como mandados de segurança, ações civis públicas e até mesmo ações de improbidade administrativa, dependendo da gravidade do caso. No caso da omissão legislativa, o Judiciário pode até mesmo tomar uma posição mais ativa, como ocorreu com a decisão do STF em 2012, na ADO 26, em que o Supremo declarou a omissão do Congresso Nacional quanto à regulamentação dos direitos dos trabalhadores domésticos, consagrados na Constituição de 1988.

O controle da omissão legislativa e administrativa, portanto, reflete a busca pela efetivação de uma Constituição que não seja apenas um texto normativo, mas um instrumento de transformação social e de garantia dos direitos fundamentais. A omissão legislativa é mais difícil de ser corrigida de imediato, pois depende da ação do próprio legislador, que pode se recusar ou atrasar a adoção das medidas necessárias. A omissão administrativa, por sua vez, é passível de correção por uma variedade de meios, incluindo o próprio controle judicial. No entanto, ambas as omissões têm um impacto direto na realização dos direitos constitucionais, e é uma posição do Judiciário garantir que o Estado, seja por meio do Legislativo ou do Executivo, cumpra suas obrigações constitucionais.

Assim, a distinção entre omissão legislativa e omissão administrativa é essencial para entender como o controle da constitucionalidade se dá no Brasil. O legislador e o Executivo possuem responsabilidades diferentes no cumprimento das normas constitucionais, sendo a omissão legislativa passível de ser corrigida pelo Judiciário, por meio da ADO, enquanto a omissão administrativa pode ser corrigida por outras formas de controle, como mandados de segurança, ações populares e até mesmo ações de improbidade administrativa. Em ambas as situações, o controle jurisdicional é para garantir a efetividade dos direitos previstos na Constituição de 1988, evitando que a inércia de qualquer dos Poderes prejudique a realização da justiça no país.

2.1.3 A responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional

A responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional é um tema relevante no direito constitucional brasileiro, uma vez que envolve a falha do Poder Legislativo em cumprir a sua função de regulamentar normas constitucionais essenciais para a efetividade dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, estabelece que todos os direitos e garantias nela previstos têm eficácia plena e devem ser garantidos pelo Estado, implicando na necessidade de uma atuação ativa do legislador na criação das normas infraconstitucionais. O não cumprimento dessa obrigação configura uma omissão legislativa, que compromete a concretização dos direitos fundamentais e a própria eficácia da Constituição.

A omissão legislativa ocorre quando o legislador, apesar de ter sido incumbido pela Constituição de criar normas específicas, falha em fazê-lo, impedindo a

concretização de direitos previstos na Carta Magna. Em diversos momentos da história do direito brasileiro, essa falha foi corrigida por meio da ADO, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição de 1988. Essa Ação tem como finalidade corrigir a omissão do legislador, garantindo que a Constituição continue a ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de promoção da justiça social.

Conforme Campos (2015), a omissão legislativa configura uma “falha do legislador em cumprir um dever constitucionalmente imposto”, sendo essa omissão um obstáculo à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Em sua visão, a omissão é grave, pois a Constituição de 1988 estabelece que certos direitos só poderão ser plenamente exercidos mediante a criação de normas infraconstitucionais. A responsabilidade do legislador é, portanto, não apenas política, mas também jurídica, uma vez que a omissão compromete o funcionamento adequado do Estado e a concretização de direitos fundamentais.

A responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional é também reconhecida por Barbosa (2023), que entende que a omissão legislativa é uma violação direta da Constituição, já que impede o exercício de direitos que deveriam ser protegidos por normas infraconstitucionais. Para Bonavides, a omissão legislativa não pode ser considerada apenas uma falha técnica, mas uma “violação do princípio da supremacia da Constituição”. Essa ideia é para compreender a seriedade da omissão, pois demonstra que a falha do legislador não pode ser desconsiderada e deve ser corrigida de forma urgente, para não comprometer a realização de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988, em seu artigo 103, § 2º, permite que o STF declare a inconstitucionalidade por omissão do legislador, o que é uma importante ferramenta para corrigir essa falha. A ADO é um instrumento que permite ao STF corrigir a omissão do legislador e garantir a eficácia plena da Constituição. Dessa forma, o STF atua como um “guardião da Constituição”, intervindo no caso de omissões que possam comprometer a proteção dos direitos fundamentais. Esse controle judicial da omissão legislativa é essencial para que a Constituição seja respeitada e cumprida por todos os Poderes do Estado.

No entanto, a responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional não se limita à criação de normas infraconstitucionais. O legislador também deve estar atento ao cumprimento de prazos e à criação de normas que respeitem a dignidade da pessoa humana e os valores constitucionais. A falta de regulamentação

de direitos fundamentais, como o direito à saúde, à educação, à assistência social, entre outros, é uma falha do legislador que, ao não regulamentar essas matérias, impede o pleno exercício desses direitos. O legislador, portanto, tem a responsabilidade não apenas de criar normas, mas de garantir que elas sejam eficazes e adequadas para a realização dos direitos constitucionais.

Um exemplo prático da responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional pode ser encontrado na falta de regulamentação da Emenda Constitucional nº 72/2013, que estabeleceu a necessidade de regulamentação dos direitos dos trabalhadores domésticos. A ausência de regulamentação por parte do Congresso Nacional impediu a plena implementação dessa emenda, o que gerou uma situação de insegurança jurídica e de desigualdade entre trabalhadores. Esse tipo de omissão demonstra a importância da atuação do legislador para garantir a efetividade das normas constitucionais e a proteção dos direitos sociais.

Além disso, a responsabilidade do legislador não se restringe à criação de normas, mas também à criação de um marco regulatório que seja adequado e eficiente. A simples aprovação de uma norma sem uma regulamentação adequada pode resultar na ineficácia da norma e na perpetuação da omissão. O legislador, portanto, deve garantir que as normas criadas sejam suficientes para concretizar os direitos constitucionais e que estejam em conformidade com as necessidades da sociedade e com os princípios da Constituição.

A ADO tem sido um importante mecanismo para o controle da omissão legislativa. O STF tem utilizado esse instrumento para corrigir falhas do legislador e garantir a aplicação plena da Constituição. A ADO permite que o STF declare a inconstitucionalidade de normas que não foram criadas pelo legislador, mas que são necessárias para a efetividade de direitos previstos na Constituição. Esse controle judicial da omissão é para assegurar que a Constituição de 1988 continue a ser um instrumento de promoção da justiça social e de proteção dos direitos fundamentais.

É importante destacar que a responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional não se limita ao cumprimento das obrigações previstas na Constituição de 1988, mas também envolve o respeito aos princípios democráticos e à separação de Poderes. O legislador deve respeitar os limites estabelecidos pela Constituição e não pode se omitir de sua responsabilidade sob a justificativa de que outras esferas do Estado devem tomar as providências necessárias. A omissão

legislativa configura, portanto, uma falha do próprio Estado democrático, que compromete a proteção dos direitos fundamentais.

A omissão legislativa também deve ser analisada à luz da teoria dos “direitos fundamentais como direitos exigíveis”. Nesse contexto, os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, só podem ser efetivados por meio de normas infraconstitucionais. A falha do legislador em criar essas normas constitui um obstáculo à efetivação desses direitos, prejudicando diretamente os cidadãos que dependem dessas normas para acessar os serviços públicos essenciais, como saúde, educação e assistência social. A omissão legislativa, nesse caso, configura uma negação da efetividade dos direitos sociais.

Conforme Campos (2015), a omissão legislativa também pode ser vista como uma forma de “negligência legislativa”, pois o legislador tem o dever de dar resposta às necessidades sociais e de regulamentar a Constituição de forma adequada. A omissão não é apenas uma falha técnica ou administrativa, mas uma falha política que prejudica a própria estrutura do Estado democrático de direito. O legislador, portanto, deve ser responsabilizado por sua omissão, já que isso compromete a implementação do modelo constitucional e a proteção dos direitos fundamentais.

A responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional também envolve a obrigação de responder aos apelos da sociedade por regulamentações que garantam o exercício dos direitos fundamentais. O legislador não pode se omitir diante de demandas sociais legítimas, especialmente quando essas demandas envolvem a proteção de direitos consagrados pela Constituição. A omissão em regulamentar direitos fundamentais como o direito à moradia, à saúde e à educação compromete a função do Estado na realização desses direitos e fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Além disso, o legislador deve atentar para o princípio da legalidade e para o respeito aos direitos individuais e coletivos ao criar normas infraconstitucionais. A omissão legislativa, ao não criar normas necessárias à regulamentação dos direitos constitucionais, pode resultar em desigualdade e insegurança jurídica, como se viu em diversas situações ao longo da história do Brasil, quando normas essenciais para a efetivação de direitos fundamentais não foram criadas ou regulamentadas de maneira eficaz. A falha do legislador nesse aspecto não pode ser tolerada, pois prejudica a justiça social e a igualdade de direitos entre os cidadãos.

O controle judicial da omissão legislativa, por meio da ADO, é para garantir a responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional. Esse controle assegura que a Constituição continue a ser um instrumento vivo de promoção da justiça e de proteção dos direitos fundamentais. O STF, ao exercer esse controle, reforça a ideia de que a omissão legislativa não pode ser tolerada e deve ser corrigida para garantir a plena efetividade da Constituição de 1988.

Assim, a responsabilidade do legislador frente à omissão constitucional é de grande importância para a concretização dos direitos fundamentais no Brasil. A falha do legislador em regulamentar a Constituição ou em criar normas infraconstitucionais necessárias compromete a eficácia da Constituição e a realização da justiça social. A ADO é uma ferramenta importante para corrigir essas falhas, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a continuidade da vigência da Constituição de 1988. O legislador deve ser responsabilizado por sua omissão, pois sua responsabilidade vai além da criação de normas, envolvendo também a promoção da justiça, da igualdade e da dignidade humana.

2.1.4 Jurisprudência sobre a inconstitucionalidade por omissão

A jurisprudência sobre a inconstitucionalidade por omissão no Brasil tem se consolidado como um importante instrumento de controle da atuação do legislador. Em diversas decisões, o STF tem enfrentado casos em que a inatividade do legislador resulta em omissões que prejudicam a efetivação de direitos garantidos pela Constituição. A ADO é um mecanismo utilizado para corrigir essas falhas, assegurando que o ordenamento jurídico atenda aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Em um exemplo recente, o STF, no julgamento da ADO 65, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, abordou a omissão do Governo Federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19. O STF reconheceu que as medidas já tomadas por outros processos haviam sanado em parte a omissão, o que resultou no julgamento prejudicado da ação. Contudo, o Tribunal deixou claro que a inércia do governo não poderia ser ignorada e que, se novas circunstâncias surgissem, novas ações poderiam ser ajuizadas, reafirmando a posição do Judiciário na fiscalização da atuação estatal (STF, ADO 65, Relator: Min. Marco Aurélio, 18/03/2023).

Ementa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão. Alegação de omissão do governo federal no que concerne ao enfrentamento da pandemia de Covid-19. Matéria enfrentada pelo STF em outros processos objetivos. Prejuízo das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. 1. O tema objeto das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foi devidamente abordado pelo STF em inúmeros outros processos objetivos, com a determinação de medidas concretas e apropriadas para cada problema ou inação, permitindo o saneamento da inequívoca omissão sistemática do Governo Federal. 2. O contexto fático que servia como pano de fundo dos pedidos formulados nas petições iniciais não subsiste. As estatísticas da pandemia retrocederam e a vacinação da população permitiu o retorno das atividades à quase normalidade, reforçando o prejuízo destas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ressalvada a possibilidade de mudanças no cenário fático aqui delineado ensejarem o ajuizamento de novas ações e arguições voltadas ao escrutínio da atuação estatal, função por excelência da jurisdição constitucional, da qual está Corte jamais se furtou. 3. Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas prejudicadas. (STF - ADO: 65 DF, Relator.: Min . MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/03/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG XXXXX-05-2023 PUBLIC XXXXX-05-2023)

Outro caso relevante envolve a omissão legislativa quanto à regulamentação do adicional de penosidade para trabalhadores urbanos e rurais, previsto no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Nesse caso, o STF, na ADO 74, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a omissão do legislador, uma vez que a Constituição exige a regulamentação desse direito, mas o Congresso Nacional não havia legislado sobre o tema por um período razoável. O Tribunal estabeleceu um prazo de 18 meses para que o Congresso tomasse as medidas legislativas necessárias, destacando a responsabilidade do legislador de garantir a concretização dos direitos previstos pela Constituição, especialmente em matérias de relevância social como a proteção ao trabalhador (STF, ADO 74, Relator: Min. Gilmar Mendes, 05/06/2024).

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2 Adicional de penosidade aos trabalhadores urbanos e rurais (CF, art. 7º, XXIII). 3. Necessidade de regulamentação do adicional de penosidade para sua percepção. Norma originária. Dever constitucional de legislar. Transcurso de prazo razoável para legislar. Omissão inconstitucional. 4. Existência, no âmbito do Congresso Nacional, de diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do adicional em questão. Inertia deliberandi das Casas Legislativas. 5. Pedido julgado procedente. Estipulado prazo de 18 (dezoito) meses. (STF - ADO: 74 DF, Relator.: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/06/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG XXXXX-06-2024 PUBLIC XXXXX-06-2024)

Em outra decisão, a ADO 67 tratou da omissão legislativa relacionada ao Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). A omissão do legislador em editar a lei complementar prevista no artigo 155, § 1º, inciso III, da Constituição, que regulamentaria a instituição do ITCMD pelos Estados e pelo Distrito Federal, foi reconhecida pelo STF. O Tribunal, no julgamento da ADO 67, determinou que, passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, a falta de regulamentação da norma configurava uma inércia deliberada. O STF, então, declarou a omissão inconstitucional e fixou o prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional adotasse as medidas necessárias para suprir a lacuna legislativa, ressaltando que a omissão do legislador constitui um desrespeito à Constituição, que exige a implementação de normas complementares para a efetividade do sistema tributário (STF, ADO 67, Relator: Min. Dias Toffoli, 06/06/2022).

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Direito tributário. ITCMD. Mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Estabelecimento de prazo para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão. 1. No julgamento do RE nº 851.108/SP, Tema nº 825, a Corte fixou a tese de que “[é] vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. 2. Passados mais de trinta e três anos do advento da Constituição Federal, não houve a edição de tal lei complementar. Ademais, a inércia deliberandi pode configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. Precedente: ADI nº 3.682/DF. 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente, declarando-se a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal e estabelecendo-se o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão. (STF - ADO: 67 DF XXXXX-26 .2021.1.00.0000, Relator.: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/06/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/06/2022)

Esses julgados evidenciam a crescente utilização da ADO como instrumento de controle da omissão legislativa, destacando a posição do STF na preservação dos direitos constitucionais. A jurisprudência demonstra que a omissão do legislador

não pode ser considerada uma simples falha técnica ou administrativa, mas sim uma violação do dever constitucional de regulamentar os direitos previstos na Carta Magna. Nesse sentido, a atuação do STF busca garantir a efetividade da Constituição, impondo prazos e estabelecendo medidas concretas para corrigir a omissão, com o objetivo de assegurar a plena vigência dos direitos fundamentais e a justiça social.

2.2. O desenvolvimento hermenêutico no controle de constitucionalidade por omissão no Brasil

O binômio ativismo-autocontenção judicial tem sido um tema recorrente na análise do controle de constitucionalidade no Brasil. Esse conceito envolve o equilíbrio entre o ativismo judicial, onde o Judiciário atua de forma mais robusta para garantir os direitos constitucionais, e a autocontenção, que é a restrição da atuação judicial para evitar a sobrecarga de decisões políticas ou legislativas. No Brasil, a atuação do STF, particularmente no que diz respeito à inconstitucionalidade por omissão, tem demonstrado uma tendência para o ativismo judicial, especialmente em momentos de crise de representatividade e funcionalidade do Congresso Nacional. Barroso (2008) destaca essa tendência, observando que o STF tem se mostrado mais propenso a suprir a omissão do Legislativo, em nome da Constituição, especialmente quando a inatividade legislativa é evidente.

Historicamente, o STF adotava uma postura mais contida em relação à omissão legislativa, não reconhecendo a inconstitucionalidade por omissão enquanto o processo legislativo estivesse em andamento. Isso ficou evidenciado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2495, quando o então Ministro Ilmar Galvão afirmou que, enquanto houvesse projetos legislativos em trâmite, não haveria omissão inconstitucional. Esse entendimento estava em consonância com a ideia de que a simples falta de deliberação não justificaria a intervenção do Judiciário. No entanto, essa visão passou por uma transformação com o tempo, à medida que o STF reconheceu a persistência da inatividade legislativa como um obstáculo à plena aplicação da Constituição, como evidenciado na ADI 3682, relatada por Gilmar Mendes, que introduziu a noção de *inertia deliberandi*.

A partir da década de 2000, o Supremo começou a adotar uma postura mais interventora, reconhecendo que, mesmo com projetos legislativos em curso, a

omissão do Congresso Nacional em deliberar e aprovar as leis necessárias configurava uma violação constitucional. Esse movimento reflete uma mudança na hermenêutica adotada pela Corte, que passou a compreender que a inatividade legislativa não pode ser tolerada quando ela impede a concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição. Assim, o STF passou a utilizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) como ferramenta para impugnar a inércia do Legislativo, garantindo que os direitos constitucionais não ficassem à mercê da inatividade parlamentar.

A transição do Supremo para uma postura mais proativa na declaração de inconstitucionalidade por omissão também se deu pela adoção de uma hermenêutica concretista. A hermenêutica concretista busca adaptar a interpretação das normas constitucionais à realidade fática e social, assegurando que os direitos consagrados na Constituição sejam efetivamente protegidos. A mudança de postura do STF foi decisiva para a ampliação de sua função interpretativa e para a redefinição a posição do Judiciário no controle da omissão legislativa. Esse movimento foi decisivo para a ampliação da interpretação normativa, com a Corte assumindo uma função ativa na correção da omissão legislativa e na implementação dos direitos constitucionais.

Essa evolução hermenêutica também se reflete na jurisprudência relacionada à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conforme observado nas decisões mais recentes do Supremo. No julgamento da ADI 3682, o STF, ao reconhecer a inércia legislativa, impôs um prazo para que o Congresso Nacional regulamentasse normas pendentes. Esse tipo de decisão mostra que o STF não apenas reconhece a omissão, mas também busca soluções concretas para o problema, como a imposição de prazos para a edição de leis, ou até mesmo a fixação de parâmetros para que o Executivo tome as providências necessárias.

O desenvolvimento hermenêutico no controle de constitucionalidade por omissão no Brasil também se caracteriza por um maior enfoque na proteção dos direitos fundamentais. Ao adotar uma postura mais interventora, o Supremo assume a função de garantir que os direitos da Constituição não sejam prejudicados pela falta de regulamentação ou pela demora legislativa. A jurisprudência do STF sobre omissão legislativa, portanto, revela um compromisso com a efetividade dos direitos constitucionais e com a manutenção da Constituição como norma máxima, para a organização e funcionamento do Estado.

A atuação do no controle de constitucionalidade por omissão tem, assim, se revelado uma ferramenta essencial para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A efetivação dos direitos constitucionais e a resolução de conflitos normativos entre os poderes exigem uma interpretação dinâmica e contextualizada da Constituição, o que justifica a crescente utilização de instrumentos como a ADO. A hermenêutica concretista, ao propiciar uma leitura mais adaptada às necessidades contemporâneas, tem sido um meio eficaz para corrigir falhas legislativas e garantir que os direitos fundamentais não fiquem dependentes de um processo legislativo que pode ser lento e ineficaz.

Esse controle de constitucionalidade, exercido de forma mais ativa pelo Supremo, revela a necessidade de uma constante vigilância e de uma interpretação que se ajuste às realidades sociais e políticas do Brasil. A evolução da hermenêutica no controle de omissão legislativa, portanto, reflete o amadurecimento do direito constitucional brasileiro, que busca garantir que a Constituição seja um documento vivo e aplicável às necessidades da sociedade, mesmo diante da inação ou morosidade dos outros poderes.

Além disso, a intervenção do STF no controle de omissão legislativa reflete o fortalecimento da missão do Judiciário na defesa da Constituição. A jurisprudência recente demonstra que a Corte não hesita em atuar para assegurar que a Constituição seja cumprida, mesmo quando o Legislativo se omite. Em muitos casos, a ação do Supremo tem sido decisiva para garantir que os direitos constitucionais sejam efetivos, protegendo a sociedade de eventuais falhas ou omissões no processo legislativo.

A hermenêutica concretista, portanto, tem sido um instrumento indispensável para a adaptação das normas constitucionais às exigências sociais e aos novos desafios impostos pela realidade. Ao adotar essa abordagem interpretativa, o STF não apenas corrige omissões legislativas, mas também contribui para o fortalecimento da democracia e da proteção dos direitos humanos no Brasil. A tendência crescente de uma postura mais interventora e proativa do Supremo na área da inconstitucionalidade por omissão é um reflexo de um processo de amadurecimento jurídico, onde a efetividade dos direitos constitucionais prevalece sobre a inatividade dos outros poderes.

O controle de constitucionalidade por omissão, como demonstrado pela jurisprudência do STF, não é apenas uma questão de verificação da ausência de

normas, mas uma ação concreta para garantir que a Constituição seja cumprida. O Supremo tem mostrado que sua função não se limita à simples declaração de omissão, mas também à adoção de medidas práticas para sanar a ineficácia legislativa e assegurar que os direitos previstos na Carta Magna sejam efetivamente protegidos e garantidos à população.

2.3. A hermenêutica concretista no sistema brasileiro

A hermenêutica concretista no sistema jurídico brasileiro tem ganhado destaque nos últimos anos, especialmente no que tange à aplicação de normas constitucionais de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A abordagem concretista parte da ideia de que o direito deve ser interpretado à luz das circunstâncias concretas e não apenas de forma abstrata ou formalista. Segundo Gratão (2013), essa interpretação objetiva buscar a concretização das normas constitucionais, permitindo que o Judiciário atue para assegurar a realização dos direitos, mesmo quando não há uma norma infraconstitucional que os regule de maneira adequada. O STF tem utilizado essa perspectiva hermenêutica para interpretar a Constituição e garantir a eficácia plena dos direitos fundamentais, especialmente quando o Legislativo se omite ou demora a regulamentar determinadas matérias.

A hermenêutica concretista está intimamente relacionada à ideia de uma interpretação que, ao invés de se limitar à letra fria da norma, busca uma aplicação que atenda às necessidades e realidades sociais. Sá e Silva (2012) afirmam que a hermenêutica concretizadora tem se mostrado imprescindível, sobretudo em contextos de omissão legislativa, como exemplificado no mandado de injunção. Quando a Constituição determina direitos que dependem de regulamentação infraconstitucional, mas o legislador se omite, o Judiciário pode e deve adotar uma interpretação que, embora não substitua a função legislativa, torne possível a efetivação do direito. Essa postura tem sido uma característica marcante do STF, que, diante de uma omissão legislativa, busca tornar a Constituição uma realidade prática para os cidadãos, garantindo-lhes o acesso pleno a direitos que são constitucionalmente assegurados.

Reale (1977) em sua teoria da hermenêutica jurídica estrutural, defende que a interpretação do direito deve ser orientada por uma visão sistêmica, levando em

consideração não apenas os textos normativos, mas também os princípios e valores constitucionais subjacentes. Nesse sentido, a hermenêutica concretista se apropria dos princípios constitucionais como instrumentos de interpretação para assegurar a dignidade da pessoa humana, como uma categoria central no ordenamento jurídico brasileiro. A aplicabilidade concreta desses princípios é o que possibilita a transformação de normas abstratas em ações concretas, como o STF tem demonstrado em sua jurisprudência, especialmente em relação ao direito à saúde, à educação e à dignidade humana.

Rossini (2024) também contribui para a compreensão da hermenêutica concretista, ao enfatizar a importância dos princípios como instrumentos interpretativos capazes de buscar a plenitude da dignidade humana. Para Rossini, os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, possuem uma função estruturante na interpretação do direito. Esses princípios não podem ser compreendidos apenas de forma abstrata, mas devem ser aplicados de forma a garantir sua concretização na realidade social. A hermenêutica concretista, portanto, se utiliza desses princípios como vetores para uma interpretação que possibilite a efetivação dos direitos, especialmente nos casos de omissões normativas.

No Brasil, a hermenêutica concretista tem sido amplamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em casos envolvendo o mandado de injunção. O mandado de injunção é uma ferramenta processual que visa suprir a falta de regulamentação de normas constitucionais que exigem uma atuação legislativa específica para a sua plena eficácia. Gratão (2013) ressalta que, no contexto do mandado de injunção, o STF tem adotado uma interpretação concretista, estabelecendo prazos para o Legislativo e até tomando decisões que visam garantir a eficácia de direitos fundamentais mesmo diante da inércia legislativa. Essa abordagem tem sido relevante para a implementação de direitos, como o direito à saúde, à educação e à aposentadoria, que dependem de regulamentações infraconstitucionais para sua concretização.

A concretização da Constituição através da hermenêutica concretista reflete um movimento de transformação do direito em um instrumento efetivo de promoção da justiça social. A abordagem concretista não visa substituir a função do legislador, mas assegurar que as normas constitucionais sejam aplicadas de forma plena e eficaz. Essa postura também está ligada a uma concepção de direito como

ferramenta para a promoção do bem-estar social, o que tem levado o STF a adotar uma postura proativa no controle de omissões legislativas, especialmente em matérias que envolvem direitos fundamentais.

Sá e Silva (2012) indicam que a atuação concretista do STF tem se mostrado particularmente relevante quando a omissão legislativa se configura como um obstáculo à implementação de direitos fundamentais. A aplicação de uma hermenêutica concretista possibilita, nesses casos, que o Judiciário preencha as lacunas normativas, sem invadir a competência legislativa, mas garantindo a efetividade da Constituição. A construção jurisprudencial do STF tem se baseado nessa linha de interpretação, visando uma atuação que não apenas declare a omissão do Legislativo, mas também adote medidas práticas para que os direitos constitucionais se tornem uma realidade para todos os cidadãos.

A efetividade da hermenêutica concretista no sistema brasileiro é também um reflexo da própria Constituição de 1988, que estabeleceu um modelo de Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos humanos é um princípio de direito constitucional. Nesse contexto, a interpretação das normas constitucionais deve buscar a realização concreta desses direitos, como prevê a própria Constituição em seu artigo 5º. Reale (1977) reforça que a hermenêutica deve ser orientada por uma leitura que possibilite a concretização dos direitos fundamentais, permitindo que os princípios constitucionais sejam efetivamente aplicados nas diversas esferas do direito.

A hermenêutica concretista também tem sido uma resposta às limitações do sistema legislativo e à morosidade em garantir direitos que exigem regulamentação urgente. O STF, ao adotar essa abordagem, tem respondido a uma demanda social por uma maior efetividade dos direitos, principalmente nos casos em que o Legislativo não cumpre sua função de regulamentação. O mandado de injunção, por exemplo, tem sido uma ferramenta importante nesse sentido, e o autor Gratão (2013), destaca a aplicação dessa abordagem pelo STF em diversas decisões sobre a inércia legislativa.

3 A HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO JULGAMENTO DA ADO/26 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 (ADO 26) foi um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), consolidando a hermenêutica concretista na interpretação constitucional. A ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e buscava o reconhecimento da omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia e da transfobia. O STF, ao julgar procedente a ADO 26, equiparou tais condutas ao crime de racismo, fundamentando-se no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, que prevê a punição de qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos fundamentais.

A decisão do STF adotou uma abordagem concretista, em que a Corte não apenas interpreta a norma constitucional, mas também impõe uma consequência jurídica imediata diante da inércia legislativa. Segundo Santiago e Sobrinho (2022), a hermenêutica constitucional deve atender a uma perspectiva evolutiva e principiológica, garantindo a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF utilizou a técnica da "interpretação conforme" para suprir a lacuna normativa e assegurar proteção a grupos historicamente vulneráveis.

O posicionamento do STF na ADO 26 também se fundamenta na teoria da força normativa da Constituição, sustenta que a Carta Magna deve ser interpretada de maneira a garantir sua aplicabilidade prática e efetiva. Dessa forma, o Tribunal

reconheceu a necessidade de uma interpretação que vá além da literalidade do texto constitucional, considerando os princípios subjacentes ao ordenamento jurídico. A decisão reflete o ativismo judicial em defesa de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que reforça a ideia de que a omissão legislativa não pode impedir a concretização da justiça (PORTILHO; GONÇALVES; CALDAS, 2020).

Por outro lado, a hermenêutica concretista aplicada na ADO 26 gerou debates sobre a separação de poderes e os limites da atuação do Judiciário. Autor como Arruda (2020) argumentam que a interpretação constitucional deve respeitar a estrutura democrática, evitando que o Judiciário atue como legislador positivo. Contudo, o STF justificou sua atuação com base no princípio da supremacia constitucional e na necessidade de garantir a efetividade das normas de direitos humanos, uma vez que o Brasil é signatário de tratados internacionais que condenam qualquer forma de discriminação.

Portando esse capítulo mostra que o julgamento da ADO 26 pelo STF exemplifica a aplicação da hermenêutica concretista na proteção de direitos fundamentais, suprindo lacunas normativas em situações de inércia legislativa. A decisão reafirma a posição do STF como guardião da Constituição, promovendo a efetividade dos preceitos fundamentais e garantindo uma interpretação progressista do ordenamento jurídico. No entanto, o debate sobre os limites da competência hermenêutica do Tribunal permanece aberto, exigindo um equilíbrio entre a tutela dos direitos fundamentais e o respeito à separação de poderes no Estado Democrático de Direito.

3.1. Paradigma constitucional do julgamento da omissão legislativa

O paradigma constitucional do julgamento da omissão legislativa decorre da necessidade de garantir a efetividade das normas constitucionais quando o Legislativo não cumpre sua função de regulamentar direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 prevê mecanismos de controle da omissão, como a ADO e o Mandado de Injunção (MI), instrumentos que possibilitam a intervenção do Judiciário na correção de lacunas normativas. Segundo Santiago e Sobrinho (2022), a omissão legislativa compromete a aplicabilidade plena da Constituição, justificando, assim, a atuação judicial.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a omissão legislativa, tem adotado uma abordagem que equilibra a necessidade de suprir a ausência normativa e o respeito ao princípio da separação de poderes. A interpretação constitucional deve considerar a função integrativa do Judiciário, ou seja, a capacidade de viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais sem que isso implique invasão da esfera legislativa. Essa perspectiva é essencial para a compreensão da ADO 26, em que o STF buscou suprir a inércia do Congresso Nacional sem usurpar sua competência originária (PORTILHO; GONÇALVES; CALDAS, 2020).

A teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, defendida por Santiago e Sobrinho (2022), fundamenta a necessidade de intervenção judicial em casos de omissão legislativa. De acordo com essa visão, os direitos fundamentais não podem ser esvaziados por inércia do legislador, sendo dever do Estado garantir sua efetividade. No contexto brasileiro, o STF tem aplicado essa teoria em decisões paradigmáticas, como no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva e na própria ADO 26, em que se consolidou o entendimento de que a ausência de regulamentação não pode ser um obstáculo à proteção de direitos.

Contudo, a judicialização da omissão legislativa não é isenta de críticas. Os riscos do ativismo judicial excessivo, que pode comprometer a segurança jurídica e o equilíbrio entre os Poderes. A atuação do STF em casos como a ADO 26 levanta questionamentos sobre até que ponto o Tribunal pode avançar na concretização de direitos sem que isso represente uma usurpação das funções legislativas. Esse debate reforça a necessidade de estabelecer critérios claros para a intervenção judicial, garantindo que ela ocorra apenas em situações de inércia prolongada e lesiva a direitos fundamentais (PEREIRA, 2021).

Em síntese, o julgamento da omissão legislativa pelo STF reflete um paradigma constitucional que busca compatibilizar a supremacia da Constituição com a divisão funcional dos Poderes. A ADO 26 é um exemplo emblemático desse modelo, demonstrando como o Judiciário pode atuar para garantir a concretização dos direitos fundamentais sem substituir integralmente a atividade legislativa. O desafio reside em encontrar um equilíbrio entre a interpretação progressista da Constituição e o respeito aos limites institucionais impostos pelo Estado Democrático de Direito.

3.2. Mutação constitucional e sua aplicação na ADO 26

A mutação constitucional é um fenômeno interpretativo que altera o significado das normas constitucionais sem modificar seu texto formal. Trata-se de um processo de adaptação das normas às novas realidades sociais e políticas, garantindo sua aplicabilidade contínua. Assim, a Constituição deve ser dinâmica e capaz de refletir as mudanças da sociedade sem que haja necessidade de constantes reformas formais (PEREIRA, 2021).

No Brasil, a mutação constitucional tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como um mecanismo legítimo para a atualização interpretativa da Constituição. Arruda (2020) afirma que a mutação constitucional ocorre quando há uma reinterpretação dos dispositivos constitucionais à luz das novas circunstâncias históricas e culturais, sem que haja modificação no texto normativo.

A ADO 26 é um exemplo emblemático da aplicação da mutação constitucional pelo STF. A decisão da Corte reinterpreto o conceito de racismo para abranger a homofobia e a transfobia, ampliando a proteção dos direitos fundamentais. Esse entendimento baseou-se na evolução dos valores sociais e no compromisso do Brasil com tratados internacionais de direitos humanos.

A aplicação da mutação constitucional na ADO 26 demonstra a importância da interpretação progressiva da Constituição para garantir a proteção de grupos vulneráveis. O STF, ao ampliar o conceito de racismo, assegurou a tutela jurídica contra práticas discriminatórias que anteriormente não estavam expressamente previstas na legislação penal.

Dessa forma, a mutação constitucional, ao ser utilizada no julgamento da ADO 26, reforça a função do STF na adaptação das normas constitucionais às novas exigências da sociedade, garantindo a concretização dos direitos fundamentais e a efetividade do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3. A hermenêutica concretista do STF na interpretação da Lei do Crime de Racismo

O crime de racismo, conforme estabelecido pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, configura-se como uma infração penal que resulta de discriminação ou preconceito com base na raça, cor, etnia, religião ou origem nacional. O artigo 1º da

referida Lei define claramente que qualquer ato que envolva preconceito racial é passível de punição, como forma de combater as práticas discriminatórias em diversas esferas da vida social. A inserção de termos como “raça” e “cor” no dispositivo busca garantir que o legislador aborde as desigualdades raciais existentes no Brasil, um país de história marcada por profundas disparidades entre as diferentes etnias.

A definição do crime de racismo se estende para além do simples ato de discriminação, abrangendo também ações como a recusa de acesso a serviços públicos e privados, em razão da cor ou origem étnica do indivíduo, conforme os artigos 5º a 12 da Lei nº 7.716/89. Exemplos de racismo em lugares como estabelecimentos comerciais, escolas e restaurantes são tipificados como crime, com penas de reclusão que variam entre um a cinco anos, dependendo da gravidade da infração. O objetivo dessas disposições é garantir que todas as pessoas, independentemente de sua origem, possam acessar os direitos e serviços essenciais à sua cidadania, sem sofrerem discriminação.

A Lei nº 7.716/89 também especifica o tratamento jurídico das injúrias raciais, como demonstrado no artigo 2º-A, recentemente introduzido pela Lei nº 14.532, de 2023. Este artigo criminaliza a injúria racial, que envolve ofensas à dignidade de alguém em razão de sua raça, cor, etnia ou procedência nacional. A pena prevista é de reclusão de 2 a 5 anos, além de multa, com aumento de pena em caso de concurso de pessoas. A inserção desse dispositivo é uma tentativa de aprimorar a proteção contra o racismo, reconhecendo que a ofensa direta à honra de uma pessoa, com base em seu pertencimento étnico ou racial, configura uma violação da sua dignidade humana.

O Código Penal Brasileiro, especificamente em seu artigo 140, já punha em prática um tipo de resposta penal contra crimes de injúria, mas a lei de 1989 foi um marco na tipificação específica do racismo, como uma forma de assegurar uma punição mais rigorosa e adequada às práticas discriminatórias racialmente motivadas. A atualização normativa através da Lei nº 9.459, de 1997, e a Lei nº 14.532, de 2023, confirma a dinâmica legislativa brasileira, que procura se adaptar à evolução das questões raciais e sociais, buscando enfrentar a criminalidade com base no preconceito racial de forma mais eficaz.

É importante observar que, além da tipificação do crime de racismo, a Lei nº 7.716/89 também determina as consequências para os condenados, conforme

estabelecido no artigo 16. Para servidores públicos, a consequência é a perda do cargo ou função pública, e para estabelecimentos privados, a suspensão do seu funcionamento por até três meses. Tais sanções são um reflexo da seriedade com que o sistema jurídico brasileiro encara a discriminação racial, buscando não só punir, mas também impedir que tais comportamentos prejudiciais à sociedade se repliquem.

O conceito de racismo, conforme estabelecido na legislação brasileira, também envolve a prática de disseminação de material discriminatório ou incitação ao preconceito racial, como exposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89. A pena prevista para quem induzir ou incitar o racismo, ou divulgar símbolos relacionados ao nazismo, por exemplo, é a reclusão de 2 a 5 anos, o que demonstra a posição firme do Brasil em combater qualquer prática que fomente a discriminação racial. Nesse contexto, a legislação brasileira adota uma postura não apenas punitiva, mas também preventiva, ao criminalizar a propagação de ideias e materiais que incentivem a segregação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem sendo importante no combate ao racismo, com a aplicação do princípio da dignidade humana, previsto na Constituição Federal de 1988, como uma linha orientadora para a interpretação das leis. Em decisões emblemáticas, como na ADO 26, o STF tem reafirmado a necessidade de garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, ampliando a compreensão da legislação sobre racismo para incluir práticas como a homofobia e a transfobia, que, embora não explicitamente previstas na lei, podem ser enquadradas nas mesmas categorias de discriminação racial.

A evolução do entendimento jurídico sobre o crime de racismo reflete o reconhecimento da complexidade e profundidade desse problema social. O Estado brasileiro, ao legislar sobre o racismo, busca não apenas punir atos discriminatórios, mas também proteger a dignidade e a igualdade de todos os indivíduos, especialmente daqueles que pertencem a grupos historicamente marginalizados. O direito penal, portanto, assume função de transformação social, ao garantir que os crimes de racismo sejam tratados com a seriedade que a gravidade da questão exige.

Por fim, é necessário destacar a importância da posição da sociedade civil e dos movimentos sociais na luta contra o racismo. Organizações como o Movimento Negro Unificado e outras entidades de direitos humanos têm sido fundamentais na

promoção da conscientização e na luta pela implementação plena das leis que visam combater a discriminação racial. O fortalecimento dessas ações, aliado a uma jurisprudência cada vez mais inclusiva, demonstra que o enfrentamento do racismo no Brasil é um desafio constante, que exige um esforço contínuo de todos os segmentos da sociedade.

3.3.1 A atuação do STF: legislador positivo ou intérprete constitucional?

A atuação do STF no contexto da hermenêutica concretista, especialmente no julgamento da ADO 26, revela ser controverso, pois muitos questionam se o Tribunal exerce uma função de legislador positivo ou se age unicamente como intérprete constitucional. A ADO 26, que discutiu a possibilidade de equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, demonstra um exemplo paradigmático dessa problemática, pois envolve a reinterpretação de normas constitucionais à luz das necessidades sociais contemporâneas. Nesse sentido, o STF, ao atuar no caso, não apenas fez uma interpretação da Constituição, mas, em muitos aspectos, moldou e ampliou a aplicação de direitos fundamentais, o que gerou debates sobre sua postura de "legislador positivo."

De acordo com o conceito clássico de "legislador positivo", o Supremo Tribunal Federal não teria autoridade para criar novas normas, mas sim para aplicar as já existentes, de forma que o processo legislativo seria reservado exclusivamente ao Congresso Nacional. No entanto, a interpretação constitucional do STF tem, muitas vezes, extrapolado essa função. A Constituição é um documento vivo, que deve ser constantemente reinterpretado para refletir as novas realidades sociais e culturais, e isso pode justificar a atuação ativa do Tribunal em temas como a ADO 26. Nesse contexto, o STF aparece como um "intérprete constitucional", mas com uma margem de atuação que, em certos momentos, se aproxima da criação de novas normas (ARRUDA, 2020).

Por outro lado, o conceito de "hermenêutica concretista", abordado por autores como Santiago e Sobrinho (2022) defende que a função do juiz constitucional é aplicar a Constituição ao caso concreto, de forma a tornar o texto normativo mais eficaz na realidade social. No julgamento da ADO 26, o STF reinterpreta o conceito de racismo para incluir práticas de homofobia e transfobia, adequando as normas à evolução dos valores da sociedade brasileira. Essa

ampliação da definição de "racismo" se deu a partir da análise do contexto social e das diretrizes internacionais, em particular os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil. A interpretação do STF, nesse caso, reflete a ideia de que a Constituição deve ser compreendida não de forma estática, mas de maneira a assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

A crítica de que o STF, ao realizar essa reinterpretação, teria se comportado como um "legislador positivo" é amplificada por juristas que defendem que, ao atribuir novos significados aos preceitos constitucionais, a Corte acaba por adentrar na seara do Legislativo, criando normas que, em tese, deveriam ser fruto de uma deliberação democrática. Por outro lado, a defesa da atuação do STF como intérprete constitucional se baseia na premissa de que os tribunais têm a função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e da Constituição, e que sua atuação não é apenas passiva, mas também ativa, diante da necessidade de adaptar o direito às condições e desafios contemporâneos.

A função do Supremo não é "legislar", mas "interpretar e aplicar" a Constituição. Nesse sentido, o julgamento da ADO 26 poderia ser visto como uma extensão do poder interpretativo do STF, já que, ao incluir a homofobia e transfobia no conceito de racismo, a Corte apenas aprofundou a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Essa visão se sustenta na teoria da mutação constitucional, que postula que a Constituição deve evoluir sem a necessidade de reformas formais, de modo que o STF não seria, nesse caso, um legislador, mas um aplicador dinâmico das normas constitucionais (BRITO, 2022).

Em sua análise, o STF, ao reconhecer a homofobia e a transfobia como formas de racismo, aplicou um princípio de igualdade que está explícito na Constituição. O artigo 5º da Carta Magna assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que inclui a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. O Tribunal, portanto, agiu dentro de um quadro de garantias constitucionais, reafirmando a centralidade da proteção aos direitos humanos. Isso alinha-se com a teoria da proteção do princípio da dignidade humana, sendo este, indispensável na Constituição brasileira.

Entretanto, não se pode ignorar a crítica de que o STF, ao tomar decisões que ampliam direitos sem a intervenção do Legislativo, acaba por deslegitimar o processo democrático, ao impor suas interpretações sobre a sociedade sem o devido debate público. A visão crítica de que a Corte exerce uma "função legislativa"

quando reinterpreta a Constituição é compartilhada por alguns juristas que temem o enfraquecimento da responsabilidade do Congresso Nacional. Para esses críticos, o STF se aproxima de um "legislador positivo" ao criar normas que deveriam ser fruto de um processo legislativo amplamente debatido e aprovado pelos representantes eleitos.

Por outro lado, a defesa da atuação do STF como intérprete constitucional é robustecida pela sua função de assegurar a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais. O Tribunal é visto, então, como um guardião da Constituição, cuja missão é garantir a efetividade das normas constitucionais, mesmo que isso signifique avançar para um entendimento mais abrangente de certos direitos. Segundo Barroso (2014), o Supremo não deve se limitar a uma leitura literal das normas, mas deve contextualizar sua interpretação à luz dos desafios da sociedade contemporânea, o que, muitas vezes, envolve um ativismo judicial que visa a efetivação de direitos, em vez de uma mera preservação da letra fria da lei.

Em última análise, a questão de saber se o STF atua como um legislador positivo ou como um intérprete constitucional é complexa e envolve uma análise cuidadosa da responsabilidade da Corte dentro do sistema jurídico e democrático brasileiro. A hermenêutica concretista adotada pelo Supremo no julgamento da ADO 26 reflete uma tentativa de adaptar a Constituição às novas demandas sociais, mas também coloca em xeque os limites do ativismo judicial. A tensão entre a necessidade de garantir a evolução dos direitos fundamentais e a preservação da separação dos poderes continua a ser um dos maiores desafios da teoria constitucional brasileira.

Assim, o julgamento da ADO 26 exemplifica a contínua evolução da responsabilidade do STF, que, ao reinterpretar a Constituição, não apenas aplica as normas vigentes, mas também participa da construção do ordenamento jurídico e da proteção dos direitos fundamentais, refletindo uma postura de intérprete dinâmico. Porém, a *linha tênue* entre ser um legislador positivo ou um intérprete constitucional segue sendo um ponto de discussão entre juristas, que reconhecem a importância da atuação do STF, mas também destacam os riscos do ativismo judicial.

3.3.2 O critério hermenêutico aplicado à Lei do Crime de Racismo

A interpretação das normas jurídicas, especialmente no que diz respeito à Lei do Crime de Racismo, exige um olhar atento sobre os critérios hermenêuticos adotados pelos tribunais. A hermenêutica jurídica é para entender como as normas são aplicadas e interpretadas, especialmente quando surgem questões de evolução social e de ampliação de direitos, como ocorreu no julgamento da ADO 26, que equiparou a homofobia e transfobia ao crime de racismo. A aplicabilidade do critério hermenêutico para a Lei do Crime de Racismo envolve, portanto, a análise de como as normas, originalmente focadas na discriminação racial, podem ser ampliadas para outras formas de discriminação, sempre à luz da Constituição e das necessidades sociais.

Em relação à Lei do Crime de Racismo (Lei nº 7.716/1989), é importante considerar que o critério hermenêutico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) deve estar em conformidade com a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito ao princípio da igualdade, contido no artigo 5º, caput. A decisão de equiparar a homofobia e a transfobia ao racismo pode ser vista como uma ampliação da aplicação da norma, adaptando-a à realidade contemporânea, onde a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero se tornou uma questão central nos debates jurídicos e sociais.

No julgamento da ADO 26, o STF utilizou um critério hermenêutico que pode ser compreendido como uma forma de "mutação constitucional". Para Luís Roberto Barroso (2014), a mutação constitucional é um processo em que a interpretação das normas constitucionais se adapta às novas realidades sociais, sem que haja necessidade de uma alteração formal do texto. No caso da homofobia e da transfobia, o STF ampliou a interpretação do conceito de "racismo" para incluir essas formas de discriminação, garantindo a proteção dos direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade e à dignidade humana, previstos na Constituição.

A lógica da interpretação, como bem exemplificado, pode ser entendida como uma aplicação de uma lógica jurídica evolutiva. A lógica clássica aristotélica, que busca uma conclusão válida a partir de premissas verdadeiras, é insuficiente para lidar com a complexidade das questões jurídicas contemporâneas. Embora duas premissas falsas possam levar a uma conclusão verdadeira em lógica clássica, na realidade jurídica, as normas precisam ser interpretadas de forma a refletir as necessidades sociais dinâmicas, o que implica um processo interpretativo mais flexível. Esse entendimento reflete a ideia de que a decisão sobre a criminalização

da homofobia, embora tenha sido positiva em termos de proteção dos direitos humanos, se deu de uma forma que exigiu uma evolução interpretativa, já que a letra da Lei do Crime de Racismo não abrangia explicitamente essas formas de discriminação (BRITO, 2022).

No contexto da interpretação da Lei do Crime de Racismo, a análise hermenêutica deve considerar a interação entre o enunciado normativo e a realidade social. A Lei nº 7.716/1989, ao criminalizar práticas discriminatórias, foi originalmente voltada para a discriminação racial, mas sua aplicação foi adaptada para incluir outras formas de discriminação, como a homofobia e a transfobia, a partir da interpretação feita pelo STF. Esse fenômeno reflete a interação dinâmica entre o direito positivo e as transformações sociais, e é um exemplo claro da aplicação do realismo jurídico no sistema jurídico brasileiro.

A posição do STF, ao tratar a homofobia e a transfobia como formas de racismo, também pode ser vista como uma aplicação da teoria da "mutação constitucional". Essa teoria propõe que a Constituição deve ser interpretada de forma a garantir sua eficácia em contextos que não existiam quando ela foi redigida, mas que se tornaram relevantes no presente. A mudança na interpretação da Lei do Crime de Racismo, ao incluir a homofobia e a transfobia, é uma adaptação necessária à realidade social, onde as questões de orientação sexual e identidade de gênero têm ganhado cada vez mais visibilidade.

Esse processo de interpretação não é simples e envolve uma análise crítica dos fundamentos jurídicos e sociais. O critério hermenêutico aplicado pelo STF foi baseado na necessidade de garantir a proteção de direitos fundamentais, especialmente os direitos à igualdade e à dignidade, e também no reconhecimento das transformações sociais que tornaram a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero uma questão premente. A interpretação da Lei do Crime de Racismo, nesse sentido, reflete a evolução do direito, que não é um sistema fechado, mas uma realidade dinâmica que deve se adaptar às mudanças sociais.

Portanto, nota-se que o critério hermenêutico aplicado pelo STF à Lei do Crime de Racismo reflete uma visão pragmática e evolutiva do direito, que busca adaptar as normas às necessidades sociais contemporâneas. Ao tratar a homofobia e a transfobia como formas de racismo, o STF utilizou um modelo interpretativo que se alinha com a teoria da mutação constitucional, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais e a proteção contra discriminação em suas diversas formas. A

interpretação ampliada da Lei do Crime de Racismo, portanto, pode ser vista como uma resposta adequada às novas demandas sociais, mas também como um exemplo das tensões que surgem quando o direito se adapta às transformações sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da pesquisa foi atendido ao se investigar o limite da competência hermenêutica concretista do STF, especialmente no contexto da ADO nº 26/DF, que estabeleceu a interpretação da homotransfobia como uma forma de racismo e determinou que essa discriminação fosse tratada como crime, conforme a Lei nº 7.716/1989. A pesquisa abordou as principais questões que envolvem a atuação do STF no campo da interpretação constitucional e os limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário ao decidir sobre temas que demandam regulamentação legislativa, considerando os princípios da Constituição Federal e a separação dos poderes.

A problematização inicial se concentrou em como o STF exerce a responsabilidade interpretativa, especialmente quando o legislador se omite, e em quais limites essa atuação judicial pode ultrapassar sem comprometer o sistema democrático e a ordem constitucional. O estudo examinou a atuação do STF, com base na ADO nº 26/DF, e questionou até que ponto a intervenção do Judiciário pode ser considerada legítima quando se trata de preencher lacunas legislativas ou fazer uso de sua competência para adaptar a legislação à realidade social contemporânea.

Com base nos fundamentos expostos, é possível afirmar que a competência hermenêutica do STF, embora reconhecidamente ampliada por sua atuação no caso da ADO nº 26, está longe de ser ilimitada. Ao decidir pela criminalização da homofobia e transfobia sob o fundamento de que essas práticas são equivalentes ao racismo, o STF se utilizou da sua função interpretativa para adequar a norma constitucional à realidade social, em consonância com os direitos fundamentais de igualdade e dignidade da pessoa humana, previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Porém, a questão que se coloca é o limite dessa interpretação. O STF, ao adotar uma postura mais expansiva e concretista, fundamenta suas decisões não apenas em uma leitura literal da Constituição, mas também em uma interpretação

sistemática, que busca garantir a efetividade dos direitos constitucionais. Essa postura pode ser vista como uma forma de assegurar a proteção dos direitos fundamentais diante da inércia ou omissão do legislador. No entanto, surge o questionamento: até que ponto essa intervenção judicial pode substituir a função do legislador?

O legislador, escolhido democraticamente pelo povo, possui a competência para legislar em questões específicas, e a responsabilidade do STF deve ser o de garantir a aplicação da Constituição, não legislar sobre questões que exigem deliberação do Parlamento. Nesse sentido, o STF ao editar decisões que extrapolam a interpretação da norma, pode ser acusado de invadir a esfera do Legislativo, o que gera um campo fértil para o debate sobre a separação de poderes.

Por outro lado, a omissão legislativa em áreas como a criminalização da homofobia e transfobia, que por anos não foram regulamentadas pelo Congresso, provocou o STF a utilizar sua competência interpretativa de maneira mais ativa para não fazer da Constituição apenas letra morta. Nesse contexto, a atuação do STF se justifica sob a ótica de que a Constituição não deve ser apenas um "repositório de promessas vagas", mas um documento vivo que se aplica a todas as situações concretas. A decisão na ADO nº 26 exemplifica essa perspectiva, pois procurou preencher uma lacuna legislativa, tornando a proteção contra discriminação sexual uma prioridade constitucional.

A análise da ADO nº 26 e as implicações dessa decisão revelam um dilema: a hermenêutica concretista do STF, ao adaptar a Constituição à realidade, pode ser vista como necessária e legítima, mas também levanta o risco de uma judicialização excessiva de questões que deveriam ser objeto de deliberação legislativa. O tribunal, ao intervir em temas de grande impacto social, exerce um poder significativo, e essa atuação pode ser questionada se ultrapassar os limites da sua competência interpretativa.

Dessa forma, a decisão da ADO nº 26 representa um ponto de inflexão importante na jurisprudência do STF, que se caracteriza pela aplicação de uma interpretação mais expansiva da Constituição, mas não sem levantar controvérsias sobre os limites dessa abordagem. A análise do caso revela que, embora o STF tenha atuado dentro de sua competência de interpretação constitucional, a sua decisão não pode ser vista como uma substituição do legislador, mas sim como uma medida provisória diante da omissão do Parlamento. No entanto, essa atuação

precisa ser constantemente observada e discutida para que o equilíbrio entre os poderes seja mantido.

Por fim, o estudo evidenciou que a competência hermenêutica do STF deve ser limitada pelos princípios constitucionais, pela separação dos poderes e pelo respeito do legislador. Ao mesmo tempo, a atuação do Judiciário é para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e a proteção contra formas de discriminação. O limite da competência hermenêutica concretista do STF, portanto, reside na busca pelo equilíbrio entre a interpretação constitucional e a não usurpação da função legislativa, respeitando as prerrogativas do Legislativo e a ordem democrática.

Nessa direção, conclui-se que a atuação do STF na ADO nº 26/DF não só responde a uma necessidade de proteção de direitos fundamentais, mas também revela os desafios que surgem quando o Judiciário se vê diante da omissão do Legislativo. A decisão, embora legitimada pelo contexto social e jurídico, deve ser vista como uma exceção, e não como uma regra permanente para a intervenção do Judiciário em matérias que cabem ao Parlamento. O debate sobre os limites da hermenêutica concretista é, portanto, um tema que continuará a ser central para a evolução do direito constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 13-23, 2014.

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 n.º 26/DF. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 131-155, 2021.

AMORIM, Eduardo Borges; AMORIM, Arthur Borges; PEREIRA, Ana Cláudia Negrão. O entendimento do supremo tribunal federal à respeito da transfobia e homofobia como racismo/The federal supreme court's understanding regarding transphobia and homophobia as racism. **Braz. J. Dev**, v. 7, p. 118120-118150, 2021.

ARRUDA, Janaina Moreira Maciel. **A criminalização da homofobia: equiparação ao crime de racismo sob a ótica do Supremo Tribunal Federal—Análise da ADO nº 26**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 15 jul 2020, 04:40. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigo/54895/a-criminalizacao-da-homofobia-equiparao-ao-crime-de-racismo-sob-a-tica-do-supremo-tribunal-federal-anlise-da-ado-n-26>. Acesso em: 20 mar 2025.

BARBOSA, Clarice Bezerra. **Diálogos institucionais no Brasil: os avanços na utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção como mecanismos de diálogo entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/16455>. Acesso em 29 de fev. 2025

BARROSO, Luís. **A judicialização da política e as mudanças no papel do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora FGV, 2018.

BARROSO, Luís. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito**, n. 9, 2008. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 13.300**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 06 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. [...] Enquadramento imediato das práticas de homofobia e transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei Nº 7.716/89. Rel. Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644.736-PE (2005/0055112-1). Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Caxangá Veículos Ltda. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília – Distrito Federal, julg. 27.08.2007.20

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335/Acre. Reclamante: Defensoria Pública da União; Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília – Distrito Federal, julg. 20.03.2014.

BRITO, Matheus Vinicius Silva. **O Supremo Tribunal Federal e sua função constitucional: o julgamento da ado 26**. 2022. 26f. Artigo (Graduação em Direito) - Centro Universitário Unifametro, Fortaleza, 2022. Disponível em: <https://repositorio.unifametro.edu.br/jspui/handle/123456789/2240>. Acesso em: 7 fev. 2025.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 249 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9297>. Acesso em 23 de fev. 2025

CEZARIO, Leandro Fazollo. O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers): Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers): Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. **Conteúdo Jurídico, Brasília**, v. 30, 2010.

CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sergio. **Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico**. 2015, Anais. Florianópolis, SC: CONPEDI/UFS, 2015. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/d3rSJOQt4c69Nqnx.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DINIZ, Luiz Henrique. 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-Administrative & Constitutional Law Review-Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 21, n. 86, 2021.

DIAS, Manoel Coracy. A divisão dos poderes e a supremacia do legislativo no “Segundo Tratado sobre o Governo” de John Locke. **Anthesis**, [S. l.], v. 11, n. 21, 2024. Disponível em: <https://teste-periodicos.ufac.br/index.php/anthesis/article/view/7802>. Acesso em: 02 mar. 2025.

FERREIRA, Edilberto Nicanor; FERREIRA, Eduardo Vinicius Soares. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injução 4733. **Humanidades (Montes Claros)**, v. 10, n. 2, p. 109-121, 2021.

GRATÃO, Renan. Hermenêutica constitucional e o mandado de injunção perante o supremo tribunal federal. **Revista Linhas Jurídicas**, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifev.edu.br/index.php/linhasjuridicas/article/view/84>. Acesso em: 06 jul. 2024.

HOGEMANN, Edna Raquel. A influência das antigas teses do realismo jurídico na atualidade do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 45, n. 2, 2021.

LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Leya, 2019.

LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil. (Coleção textos filosóficos)**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. E-book. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9789724422343/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018.

LOURENÇO, Claudia; CABRAL, Nuria; SOUZA, Vilmar Procópio. Montesquieu e a Pseudo-Separação de Poderes Brasileira: moral do Legislativo e do Executivo em xeque. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, v. 9, n. 17, p. 12-29, 2022.

MARCOLINO, Danilo. Montesquieu na América Latina: crítica da crítica de Paolo Sandro à teoria da separação de poder. **Revista de Ciências do Estado**, v. 8, n. 2, p. 1-24, 2023.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial?. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, n. 126, p. 191-210, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/137>. Acesso em: 16 abr. 2024.

MARCILIO, Rafaella Cardoso Dutra. A teoria concretista no mandado de injunção viola o princípio da separação dos poderes?. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 541-560, jul.-dez., 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/tomos/revista_volume7_n2_2015_tomo_L-V.pdf. Acesso em: 06 jul. 2024.

MONTESQUIEU, Charles. **Do espírito das leis**. Tradução de Miguel. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. Recurso online. (Textos filosóficos). ISBN 9789724422404.

MONTESQUIEU, Charles. **Sobre o espírito das leis**. Grasset, 1770.

NASCIMENTO, Christian Lindberg Lopes. O Direito em John Locke. **Sapere Aude**, v. 8, n. 16, p. 429-442, 2017.

PEREIRA, Anderson Laerth Costa. **Estado Constitucional: a mora inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro como fator de legitimação à competência do Supremo Tribunal Federal para a “criminalização” da homofobia à luz da ADO 26**. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2021. Disponível em: <repositorio.undb.edu.br/handle/areas/514>. Acesso em: 20 mar 2025.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 4, p. 13-44, 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 16 jan. 2025.

PORTILHO, Grazielle; GONÇALVES, Rodrigo; CALDAS, Paulo. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.

REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 81-91, 1977.

ROSSINI, Maria Eugênia. **Os Princípios como Instrumento Hermenêutico em Busca da Plenitude da Dignidade Humana**. Editora Dialética, 2024

SANTIAGO, Nestor; SOBRINHO, Luis Lima Verde. Supremo tribunal federal e a criminalização da homotransfobia: ativismo judicial ou constitucionalismo garantista? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 2, p. 104-127, 2022.

SÁ, Rafael; SILVA, Tagore Trajano. A constitucionalidade da hermenêutica concretizadora em sede de mandado de injunção. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 12, p. 97-130, 2012.

SILVA, Tagore; LANGERHORST, Victor. Eficácia Concretista das Decisões do STF em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão. **Revista de Direito Brasileira**, v. 2, n. 2, p. 193-228, 2012. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2703/2597>. Acesso em: 06 jul. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. Os 30 anos da Constituição: o papel do Direito e da Jurisdição Constitucional. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 91-109, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/54>. Acesso em: 06 jul. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista direitos fundamentais & democracia**, v. 10, n. 10, p. 02-37, 2011

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2017. Recurso online. ISBN 9788547215644.