

Relações entre os Poderes no controle de constitucionalidade por omissão: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733

Interbranch relations in the judicial review of unconstitutional omissions: ADO 26 MI 4.733

Paulo Henrique da Silveira Chaves

Pós-Doutorado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professor Associado IV na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9014463872656687>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3693-9736>

João Flávio Oliveira da Silva

Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8740395408229243>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-2997-9344>

João Souza Araújo Filho

Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Uberlândia (UFU/MG). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2661129970410394>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-4184-6793>

RESUMO: O artigo utiliza o método dedutivo para abordar a superação judicial ocorrida nos casos do Mandado de Injunção nº 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que evidenciaram a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF) frente à omissão do Congresso Nacional. Nessas decisões, o STF atuou para corrigir a inércia legislativa na criminalização de práticas discriminatórias, notadamente aquelas relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, ampliando a aplicação da Lei nº 7.716/1989, que trata do racismo. A atuação do STF nesses casos demonstrou uma clara superação da atuação tradicional do Judiciário, que não se limitou a julgar questões afetas à constitucionalidade de leis e atos normativos apenas intraprocessual, mas foi além

e efetivamente propôs soluções normativas para preencher lacunas deixadas pelo Legislativo. Tais intervenções são exemplos de como o Judiciário pode assumir um papel ativo na proteção dos direitos fundamentais, superando a omissão legislativa. Na análise do contexto dessas decisões, este artigo focou na identificação da aplicação da teoria dos diálogos institucionais, analisando as interações entre Judiciário e Legislativo como mecanismo para equilibrar a proteção dos direitos individuais, evidenciando que, mesmo em interações adversariais, o Judiciário pode instigar o Legislativo a agir, promovendo um diálogo contínuo e necessário para positivar direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade por omissão; superação judicial; omissão legislativa; diálogos institucionais.

ABSTRACT: The article employs a deductive method to analyze judicial activism in the cases of MI No. 4,733 and ADO No. 26, which highlighted the Brazilian Supreme Court's (STF) intervention in response to the National Congress's legislative inaction. In these rulings, the STF acted to address legislative inertia in criminalizing discriminatory practices — particularly those involving sexual orientation and gender identity — by expanding the scope of Law No. 7.716/1989 (which criminalizes racism). The STF's actions in these cases marked a clear departure from the judiciary's traditional role: rather than merely adjudicating constitutional issues within the confines of ongoing proceedings, the court went further by proposing normative solutions to fill gaps left by the Legislature. These interventions exemplify how the judiciary can assume an active role in safeguarding fundamental rights, overcoming legislative omissions. In analyzing the context of these decisions, this article focused on identifying the application of institutional dialogue theory, examining interactions between the Judiciary and Legislature as a mechanism to balance the protection of individual rights. It demonstrates that, even in adversarial interactions, the Judiciary can prompt the Legislature to act, fostering a continuous and necessary dialogue to codify fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: control of the constitutionality of omission; judicial overcoming; legislative omission; institutional dialogues.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Alternativas ao unilateralismo decisório. 2.1 Modelos de interação entre Poderes. 2.2 Estruturas de diálogo institucional. 2.2.1 Método judicial. 2.2.2 Estruturas do diálogo. 2.2.3 Fusão dialógica. 2.3 Escalas contramajoritárias no Brasil. 3 Formas de rastreamento dos diálogos institucionais no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Sentenças interpretativas. 3.2 Sentenças transitivas. 4 Análise das decisões no Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. 4.1 Constatação de sentença aditiva na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. 4.2 Proposta de verificação da teoria dos diálogos institucionais no Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Em regra, legislar configura-se como uma “faculdade”, estando no âmbito da discricionariedade do Poder Legislativo. Portanto, sua inércia não enseja inconstitucionalidade, salvo nos casos em que a Constituição Federal impõe ao legislador o dever de regulamentar determinados direitos. (Barroso, 2022, p. 55).

Nessas situações, evidencia-se a necessidade de o Judiciário atuar de forma a complementar e até suprir hipóteses não alcançadas em sua plenitude pela legislação. Em decorrência dessa necessidade, sua atividade demanda a interação com o Legislativo.

Nesse contexto, o presente artigo explora a teoria dos diálogos institucionais como uma resposta às limitações do unilateralismo decisório, com foco na interação entre o Judiciário e o Legislativo no contexto brasileiro. Desenvolvida originalmente em países da *Commonwealth*, essa teoria busca equilibrar a proteção dos direitos individuais com a manutenção da supremacia legislativa.

O artigo se propõe a analisar as diferentes formas de interação entre os Poderes, enfatizando como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem superado a inércia legislativa em questões cruciais para a sociedade.

São abordadas neste trabalho as alternativas ao unilateralismo decisório, detalhando como os modelos de interação entre Poderes – deliberativo e adversarial, conforme propostos por Conrado Hübner Mendes (2008) – podem moldar a dinâmica institucional.

Segue-se aprofundando a análise das estruturas de diálogo institucional propostas por Christine Bateup (2006), apresentando três formas principais: o método judicial, as estruturas do diálogo e a fusão dialógica. Cada uma dessas estruturas é examinada quanto à sua capacidade de promover uma interação mais equilibrada entre os Poderes, destacando o papel do Judiciário em provocar e estruturar debates constitucionais que possam influenciar as decisões políticas e legislativas.

Também são apresentadas as escalas contramajoritárias no Brasil, utilizando a teoria de Sebastián Linares (2008b) para discutir como as sentenças judiciais, especialmente as que envolvem a inconstitucionalidade de leis, impactam a relação entre Judiciário e Legislativo. São explorados os fatores institucionais e contextuais que moldam o grau de dificuldade contramajoritária, evidenciando a complexidade do diálogo entre os Poderes em contextos em que a intervenção judicial se torna necessária.

Ademais, são examinadas as formas de rastreamento dos diálogos institucionais no ordenamento jurídico brasileiro, detalhando as categorias de sentenças interpretativas e transitivas. Estas sentenças demonstram como o Judiciário pode não apenas declarar a inconstitucionalidade de normas, mas também propor interpretações que orientam o Legislativo a agir, promovendo uma interação contínua e adaptativa entre os Poderes.

Por fim, o artigo conclui com uma análise das decisões proferidas pelo STF no Mandado de Injunção (MI) nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Essas decisões exemplificam como o STF tem atuado para corrigir a omissão legislativa na criminalização de práticas discriminatórias,

ampliando o escopo de leis existentes para garantir a proteção de direitos fundamentais. A atuação do STF é apresentada como uma superação institucional que não apenas preenche lacunas normativas, mas também redefine o papel do Judiciário na promoção de uma democracia mais inclusiva e participativa.

2 Alternativas ao unilateralismo decisório

A teoria dos diálogos institucionais surgiu como um conjunto de alternativas desenvolvidas, principalmente, nos países da *Commonwealth*, com o objetivo de equilibrar a crescente necessidade de proteção aos direitos individuais e a manutenção da tradição da supremacia parlamentar, herdada do modelo britânico (Gardbaum, 2013, p. 23).

Essas teorias emergem como medidas adotadas por nações com tradição parlamentar para atender à pressão internacional por garantias de direitos individuais, enquanto preservam sua soberania legislativa.

Embora as diversas classificações da teoria dos diálogos institucionais que surgiram nas últimas décadas tenham buscado soluções para esse desafio, ainda carecem de uma sistematização abrangente (Tavares; Berman, 2009, p. 4).

No entanto, já é possível identificar esforços significativos nesse sentido, como os desenvolvidos por Conrado Hübner Mendes (2008), Christine Bateup (2006) e Sabastián Linares (2008b), cujas contribuições servirão como ponto de partida para a presente análise.

2.1 Modelos de interação entre Poderes

Conrado Hübner Mendes (2008, p. 211-212) propõe dois modelos ideais de interação entre os Poderes, sendo: *i. deliberativo*, que valoriza o diálogo fundamentado em razões e justificativas, priorizando o bom argumento como principal meio de influenciar as decisões políticas; *ii. adversarial*, o qual se caracteriza por uma interação entre os Poderes que negligencia os ideais deliberativos, focando-se em demonstrar qual ente detém mais poder decisório para emitir a última palavra sobre os temas em debate.

O modelo *deliberativo* fundamenta-se em princípios que buscam instaurar o que Mendes (2008, p. 212) denomina “cultura de justificação”. Esse modelo vai além da simples disputa de forças, defendendo uma forma de reatividade política mais desejável, onde a ênfase recai sobre a qualidade dos argumentos apresentados.

Por outro lado, no modelo *adversarial*, a argumentação e a hermenêutica são frequentemente ignoradas, dando lugar a um embate de forças, uma verdadeira disputa política onde o objetivo é provar qual ente possui maior autoridade para definir o entendimento final da questão discutida (Mendes, 2008, p. 211).

2.2 Estruturas de diálogo institucional

A autora Christine Bateup (2006) sistematiza a teoria dos diálogos institucionais em três principais formas estruturais, sendo: *i. método judicial*; *ii. estruturas do diálogo*; *iii. fusão dialógica*.

Quanto ao *método judicial*, este modelo envolve o uso consciente pelo Judiciário de técnicas que incentivam um diálogo mais amplo sobre o sentido constitucional. Nessa forma, os juízes desempenham um papel ativo ao provocar debates tanto com os Poderes políticos quanto entre eles, buscando expandir a interpretação constitucional por meio do engajamento (Bateup, 2006, p. 16).

Já nas *estruturas do diálogo*, confere-se menos importância ao método de construção da decisão judicial, concentrando-se nas formas de estabelecer relações entre as estruturas do poder, por meio da utilização de mecanismos institucionais ou políticos para responder a decisões que geram desacordo, promovendo um ajuste contínuo entre os Poderes com o escopo de alcançar um equilíbrio na interpretação constitucional (Bateup, 2006, p. 29).

Por fim, a *fusão dialógica* é uma proposta que combina elementos de duas outras subestruturas desenvolvidas por Bateup (2006, p. 50): a do equilíbrio e da parceria. Essa combinação visa reconciliar preocupações democráticas com o modelo de parceria, que tradicionalmente foca apenas nos aspectos institucionais. Ao unir esses elementos, a fusão dialógica busca criar diálogos mais abrangentes, integrando tanto a dimensão social quanto a institucional dos processos decisórios.

2.2.1 Método judicial

Dentro da estrutura do método judicial, destacam-se três subestruturas: a do aconselhamento, a centrada no processo e a do minimalismo judicial.

A subestrutura do aconselhamento, também conhecida como *constitutional road maps*, propõe que os juízes utilizem duas técnicas principais para lidar com normas constitucionais problemáticas. A primeira técnica envolve defender a norma em discussão enquanto incentiva o Legislativo a revisá-la para corrigir eventuais inconstitucionalidades. A segunda técnica consiste em invalidar a norma, mas ao mesmo tempo indicar caminhos legais que possibilitem a sua readequação à Constituição (Bateup, 2006, p. 16).

É importante ressaltar que, no primeiro caso supracitado, o Judiciário não invalida imediatamente a norma, mas aconselha o Legislativo a sanar suas fragilidades, cabendo ao Legislativo decidir se seguirá ou não o conselho. Já no segundo caso, o Judiciário invalida a norma por conflito com o texto constitucional, mas oferece diretrizes claras para que o Legislativo a reconstrua corretamente (Bateup, 2006, p. 18).

Por sua vez, nas subestruturas centradas no processo, os juízes são incentivados a verificar se os atores políticos deram a devida atenção e deliberação às questões que envolvem valores constitucionais substantivos. Se for constatado que o processo deliberativo foi insuficiente – devido à pressa, imprudência ou omissão –, o Judiciário tem o poder de forçar o Legislativo a reconsiderar suas decisões (Bateup, 2006, p. 21).

Essa abordagem, também denominada “segundo olhar”, ocorre quando o Judiciário determina que uma norma discutida pelo Legislativo não recebeu o tratamento adequado. Como resultado, o Judiciário invalida a norma, compelindo o Legislativo a reavaliar e criar uma versão, que posteriormente poderá ser novamente analisada pelos juízes (Bateup, 2006, p. 23).

Por fim, a subestrutura relativa ao minimalismo judicial defende que os juízes adotem uma postura mais passiva, afastando-se das decisões para abrir maior espaço à consideração dos demais Poderes. Fundamentada em virtudes passivas, essa teoria sugere que o Tribunal deve buscar persuadir, em vez de coagir, reduzindo seu envolvimento em questões constitucionais controversas ou sensíveis (Bateup, 2006, p. 25).

Essa abordagem reflete um distanciamento deliberado do Judiciário em relação a decisões sobre temas complexos, incentivando um diálogo mais amplo, no qual o Legislativo exerce um papel mais proeminente (Bateup, 2006, p. 27).

2.2.2 Estruturais do diálogo

No que tange às estruturais do diálogo, suas subestruturas focam nas interações institucionais entre os Poderes, propondo formas coordenadas de interpretação constitucional e cooperação mútua.

A primeira subestrutura é a da construção coordenada, a qual defende um trabalho conjunto entre os Poderes, em que cada ente do governo participa da discussão interpretando suas próprias funções constitucionais e desempenhando um papel adicional na interpretação da Constituição em um sentido mais amplo (Bateup, 2006, p. 31).

Essa subestrutura promove um processo interativo no qual cada Poder fiscaliza os demais, possibilitando uma dinâmica de colaboração contínua. Em caso de desacordo na interpretação constitucional entre os Poderes, há a prerrogativa de acionar o Judiciário para resolver o impasse (Bateup, 2006, p. 33).

Há também a subestrutura dos princípios jurídicos, que atribui aos juízes uma função dialógica privilegiada, fundamentada na sua competência especial para lidar com questões principiológicas. Durante a verificação pelos demais Poderes, ocorrem diálogos sobre as interpretações dos Tribunais, especialmente em casos de erro judicial (Bateup, 2006, p. 36).

Nessa abordagem, outros atores políticos têm a competência de revisar interpretações equivocadas dos Tribunais, gerando uma interação que permite o controle e ajuste das interpretações judiciais, promovendo um controle mútuo entre Congresso e Judiciário (Bateup, 2006, p. 38).

Sequencialmente, tem-se também a subestrutura relativa ao equilíbrio, que apresenta uma forma alternativa de conceber o papel judicial no diálogo constitucional, sem privilegiar as contribuições dos Tribunais. O objetivo é estimular a sociedade a participar ativamente das discussões constitucionais, levando a um equilíbrio sobre o significado da Constituição (Bateup, 2006, p. 52).

Nessa última subestrutura, o Judiciário atua como um facilitador, articulando debates sociais e promovendo o engajamento de diferentes pontos de vista sobre

o significado constitucional, permitindo uma interação em pé de igualdade com a sociedade (Bateup, 2006, p. 56).

Por fim, a subestrutura da parceria propõe que cada ramo do governo aprenda com os elementos específicos de outros ramos, contribuindo para a busca de melhores respostas a partir de suas perspectivas institucionais exclusivas (Bateup, 2006, p. 66).

Essa abordagem responde às objeções contramajoritárias ao promover a cooperação entre os Poderes: o Judiciário interpreta a Constituição na concepção de direitos, enquanto o Legislativo atua na promoção de políticas públicas, ambos interagindo para solucionar questões de forma coordenada (Bateup, 2006, p. 70).

2.2.3 Fusão dialógica

A estrutura relativa à fusão dialógica combina elementos das subestruturas da parceria e do equilíbrio, buscando resolver a questão da legitimidade democrática ao integrar os aspectos sociais e institucionais do diálogo entre os Poderes (Bateup, 2006, p. 67).

Essa abordagem dual permite uma compreensão mais abrangente das interações dialógicas, destacando como cada Poder contribui com suas competências específicas para enriquecer o processo de diálogo.

A fusão dialógica se materializa na junção dessas duas teorias, sendo que o Judiciário assume o papel de facilitador das discussões sobre temas constitucionais centrais dentro da sociedade. Esse modelo incentiva a construção de um consenso mais robusto e amplamente aceito pelos cidadãos, promovendo um diálogo contínuo não apenas entre os Poderes, mas também com a sociedade (Bateup, 2006, p. 71).

Dessa maneira, ao ampliar a participação social e permitir a interação com outros entes, a fusão dialógica busca superar os desafios de legitimidade democrática, reforçando a conexão entre decisões institucionais e a vontade popular.

2.3 Escalas contramajoritárias no Brasil

O autor Sebastián Linares (2008b) apresenta o conceito de graduações contramajoritárias¹, explorando o grau de dificuldade contramajoritária que surge

¹ "Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de 'dificuldade contramajoritária'. A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição

da declaração de constitucionalidade de leis, sejam elas contemporâneas ou não, e propõe uma escala gradual baseada em critérios institucionais e contextuais.

Em relação ao grau de objeção democrática, diversos fatores institucionais podem influenciar positiva ou negativamente essa objeção, dependendo de nove elementos específicos.

O primeiro fator é o mecanismo de reforma constitucional. Em Constituições flexíveis, a objeção democrática tende a desaparecer, pois o Congresso pode alterar o texto constitucional em resposta a declarações de inconstitucionalidade. Em contraste, Constituições de rigidez supermajoritária acentuam a objeção democrática ao dar ênfase a uma minoria contrária às reformas, violando o princípio da neutralidade e favorecendo o *status quo*. Constituições de rigidez majoritária, por outro lado, mitigam a dificuldade contramajoritária, contornando questões de neutralidade política (Linares, 2008b, p. 244-246).

Neste contexto, Constituições de rigidez majoritária moderada recebem um valor de 0, as majoritárias fortes um valor de 1, e as supermajoritárias um valor de 2. A Constituição Federal Brasileira, que requer a aprovação de três quintos dos parlamentares em cada casa legislativa, é classificada como uma Constituição supermajoritária, com um valor de 2 nessa escala (Linares, 2008b, p. 247).

Outro fator relevante é o impacto das sentenças de inconstitucionalidade proferidas pelos Tribunais. Sentenças com efeito *erga omnes* são altamente contramajoritárias, pois anulam a lei para todos, suprimindo completamente a vontade legislativa. Já as sentenças *interpartes* apresentam uma objeção democrática menor, uma vez que a norma permanece válida em casos específicos. No Brasil, o controle abstrato recebe o valor de 2, devido ao efeito *erga omnes*; enquanto o controle difuso é classificado com o valor 1, considerando a aplicação de precedentes obrigatórios (Linares, 2008b, p. 248-250).

No que se refere aos métodos de seleção de juízes, os principais aspectos em jogo são a prestação de contas e a independência do Judiciário. A prestação de contas implica que, se os juízes têm a autoridade final em questões controversas, eles devem ser responsáveis perante a vontade popular. A independência judicial, por outro lado, requer que os juízes tomem decisões baseadas na fundamentação jurídica. No Brasil, o processo de nomeação de juízes, que envolve a colaboração entre o Senado Federal e o Presidente da República, recebe o valor 0 (Linares, 2008b, p. 250-252).

As restrições à declaração de inconstitucionalidade relacionam-se ao número de juízes necessários para conferir os efeitos de uma sentença. As normas, criadas por legisladores democraticamente eleitos, têm uma presunção de constitucionalidade, que é mais preservada quanto maior for a diferença nas votações legislativas. Assim, decisões unânimes têm menor objeção democrática, recebendo valor 0; enquanto decisões por maioria absoluta apresentam maior

constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais". (Barroso, 2018, p. 2197-2198)

objeção, com valor 2. No Brasil, onde a decisão é tomada por maioria absoluta, o grau de objeção democrática é classificado como 2 (Linares, 2008b, p. 252-254).

O grau de objeção democrática também depende dos poderes interpretativos conferidos ao Congresso. Constituições que permitem explicitamente que o Congresso realize a interpretação da norma com maioria absoluta recebem o valor 0. Para Constituições que não abordam essa questão explicitamente, o valor é 1, e para aquelas que exigem cláusulas supermajoritárias, o valor é 2. No Brasil, essa questão é omissa, permitindo a interpretação pelo Congresso por maioria absoluta, sendo atribuído o valor 1 (Linares, 2008b, p. 274-278).

O direito de voz se refere à amplitude de participação nas decisões sobre a inconstitucionalidade. Constituições que permitem ampla participação, incluindo a de indivíduos e instituições interessadas, recebem o valor 0. Quando a defesa da constitucionalidade é responsabilidade do Congresso ou seus agentes, o valor é 1. Se essa responsabilidade recai sobre o Poder Executivo ou Judiciário, o valor é 2, devido à natureza não deliberativa e à falta de representatividade desses órgãos. No Brasil, o valor é 0, dado o envolvimento do *amicus curiae*, do Advogado-Geral da União (AGU) e do Procurador-Geral da República (PGR), aprovados pelo Senado (Linares, 2008b, p. 378-381).

O acesso à Suprema Corte ou Tribunal Constitucional é outro fator importante. Vias recursivas, onde a Corte não é obrigada a declarar inconstitucionalidade em todos os casos, recebem o valor de 0, pois representam o menor impacto democrático. Decisões *sui generis*, em que o juiz encaminha o processo à Corte, recebem valor 1. As ações abstratas, obrigando os juízes a julgar apenas leis contemporâneas, têm valor 2, representando a maior objeção democrática. No Brasil, o controle difuso pela via recursiva recebe nota 0, e as ações genéricas de inconstitucionalidade recebem nota 2 (Linares, 2008b, p. 382-389).

Cumpra-se ainda evidenciar que a quantidade de pontos de veto efetivos se relaciona diretamente com o estímulo ao diálogo que o poder de veto pode criar dentro de um sistema de freios e contrapesos, promovendo relações cooperativas e deliberativas entre o governo e a oposição.

Dessa maneira, ao calcular o valor da objeção democrática, consideram-se os estímulos gerados pelo sistema eleitoral e a escala de fragmentação legislativa. Sistemas que tendem a gerar apenas um ponto de veto efetivo recebem o valor 2, quando há apenas um ponto de veto, atribui-se o valor 1, e quando o governo está unificado, o valor é 0. No modelo brasileiro, atribui-se o valor 2, dado que as autoridades com poder de veto incluem a Câmara dos Deputados, o Senado e o Poder Executivo, indicando a existência de múltiplos pontos de veto efetivos (Linares, 2008b, p. 389-395).

As variáveis contextuais também influenciam o grau de objeção democrática, considerando circunstâncias que podem aumentar ou diminuir essa objeção, dependendo da representatividade e de mudanças na cultura política. Essas variáveis são classificadas em uma escala de 0 a 2, onde 0 representa a menor objeção democrática e 2 a maior (Linares, 2008b, p. 397).

Por fim, percebe-se que a legitimidade de uma decisão não é automaticamente concedida, mas adquirida quando seu conteúdo é compatível com a Constituição ou reflete o consenso da maioria da sociedade.

Nesse sentido, duas abordagens são possíveis. Inicialmente, aceitando-se que os critérios de legitimidade da democracia não se limitam apenas ao processo, mas também aos resultados, torna-se admissível que, em determinadas circunstâncias, o conteúdo das decisões possa prevalecer sobre o processo (Mendes, 2008, p. 194).

Isso sugere que a Instituição que tenha produzido uma decisão mais alinhada com critérios substanciais de legitimidade pode ter razões válidas para prevalecer, independentemente do método utilizado para chegar à decisão.

Pela outra abordagem, é perceptível que a democracia exige que as decisões sejam bem fundamentadas em princípios, o que implica uma presunção de confiabilidade nas decisões judiciais. Assim, nos diálogos institucionais, o Legislativo é incentivado a demonstrar que suas decisões respeitam as condições democráticas, enquanto o Judiciário promove um desafio entre procedimento e conteúdo (Mendes, 2008, p. 201-202).

Sebastián Linares também explora a capacidade de estimular a deliberação entre os Tribunais Superiores e o Congresso, destacando a importância da troca de argumentos entre essas Instituições. Esse diálogo ocorre em pelo menos três fases: argumentação, resposta e refutação, sendo fundamental para que as decisões dos juízes constitucionais permitam uma resposta por parte do Congresso (Linares, 2008a, p. 488).

3 Formas de rastreio dos diálogos institucionais no ordenamento jurídico brasileiro

Pode-se identificar que o Judiciário adota técnicas de decisão e efeitos no controle de constitucionalidade que ultrapassam a simples declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.

A possibilidade de se relativizar o binômio “constitucionalidade/inconstitucionalidade”, nos estudos de Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 2169), trouxe à identidade o termo “sentenças intermediárias”, sendo este referente a um conjunto de decisões judiciais em que o órgão do Poder Judiciário responsável pelo controle de constitucionalidade relativiza o binômio “constitucionalidade/inconstitucionalidade”.

Essas técnicas podem ser divididas em dois grupos, sendo: *i. sentenças normativas*, que resultam na criação de uma norma geral e vinculante; e *ii. sentenças transitivas*, que permitem uma relativa transação com a supremacia constitucional (Fernandes, 2021, p. 2170).

Todas as formas de sentenças intermediárias estão intrinsecamente relacionadas aos diálogos institucionais, seja promovendo o diálogo ou exigindo uma resposta dos outros atores políticos envolvidos na questão em discussão.

3.1 Sentenças normativas

As *sentenças interpretativas* são decisões emitidas por instâncias judiciais que resultam na formulação de normas jurídicas de natureza geral e obrigatória.

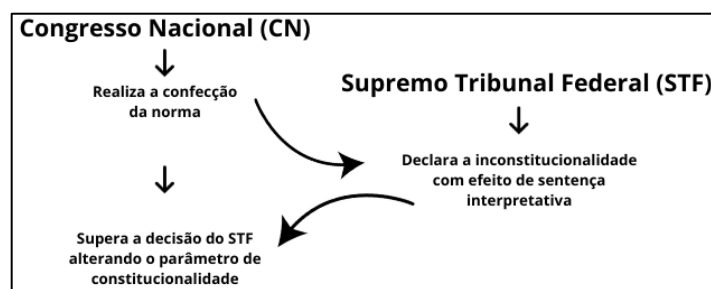
Essas sentenças possuem um viés perfeccionista, pois buscam estabelecer padrões de orientação aplicáveis a casos semelhantes que possam surgir no futuro (Fernandes, 2021, p. 2171).

Elas fixam uma interpretação compatível com a Constituição, afastando outras interpretações que possam ser inconstitucionais. Nessas, destacam-se duas técnicas de decisão: *sentenças de interpretação conforme a Constituição* e *declarações de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*.

As *sentenças de interpretação conforme a Constituição* partem do entendimento de que uma norma não possui um único significado, mas múltiplos. Essa técnica permite uma interpretação específica que esteja em conformidade com a Constituição, excluindo as demais possíveis interpretações. Em outras palavras, é a capacidade do STF de definir uma interpretação legal que se harmonize com a Constituição, rejeitando simultaneamente as interpretações conflitantes (Fernandes, 2021, p. 2172).

Já as *declarações de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* estão intimamente ligadas à interpretação conforme a Constituição, pois ambas se baseiam na premissa de que uma norma legal pode ter múltiplas interpretações. Nesse contexto, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto permite que o STF declare inconstitucional apenas uma parte da norma, mantendo o restante do seu texto inalterado. Essa técnica exclui uma das possíveis aplicações da norma por sua inconstitucionalidade, sem a necessidade de alterar o texto original da norma (Fernandes, 2021, p. 2173 a 2174).

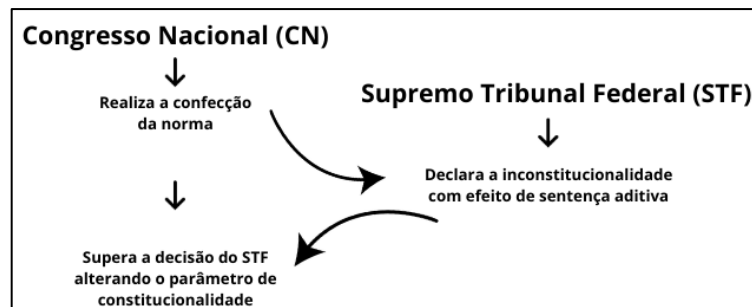
Nas *sentenças interpretativas*, o potencial dialógico é evidente na visão de Linares (2008a, p. 488 a 489), que identifica três fases em sua teoria: argumentação, refutação e réplica. Nessa perspectiva, a sentença interpretativa do Judiciário impõe uma nova interpretação da norma, e o Legislador tem a opção de aceitar essa interpretação ou modificar o dispositivo por meio de uma emenda constitucional, tornando-o novamente compatível com o ordenamento jurídico, descartando assim a interpretação judicial fixada.



Fonte: elaborado pelos autores

Outra modalidade são as *sentenças aditivas* em que a inconstitucionalidade ocorre por omissão do Legislativo ao elaborar a norma, tornando-a insuficiente e sem efetiva aplicabilidade. Posteriormente, por decisão do Judiciário, sua incidência é ampliada para além do originalmente previsto, transformando uma norma inicialmente insuficiente em suficiente após a interpretação judicial (Fernandes, 2021, 2174 a 2175).

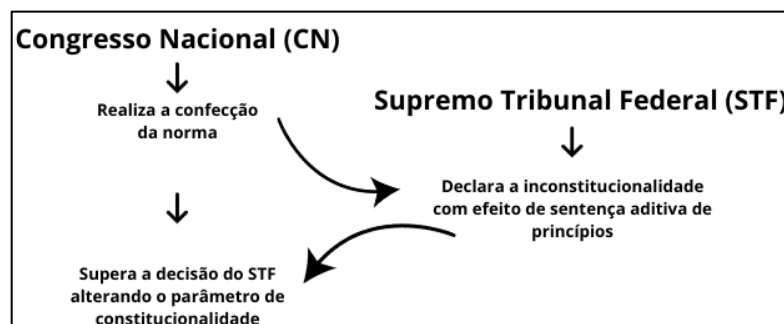
O diálogo nas sentenças aditivas também é identificado pelo método das três fases de Linares (2008a, p. 488 a 489): argumentação, refutação e réplica. Quando o Legislativo analisa a nova norma proposta, ocorre um diálogo entre as instituições para encontrar a melhor solução dentro dos limites constitucionais. O Congresso pode concordar com a decisão judicial e aceitar a norma modificada ou discordar, elaborando uma nova legislação distinta da proposta pelo Tribunal, sempre com a possibilidade de réplica, caracterizando o diálogo interinstitucional.



Fonte: elaborado pelos autores

Identifica-se uma terceira modalidade que são as *sentenças aditivas de princípios* conhecidas como aditivas de mecanismo. Essas estabelecem diretrizes para normas ou princípios que serão introduzidos, deixando ao legislador a tarefa de criar a legislação correspondente dentro de um prazo determinado, com o objetivo de corrigir omissões legislativas (Fernandes, 2021, p. 2176). Essas diretrizes são geralmente encontradas em normas de eficácia limitada, ou seja, normas que ainda não estão completas, pois dependem de ação legislativa para produzir os efeitos desejados.

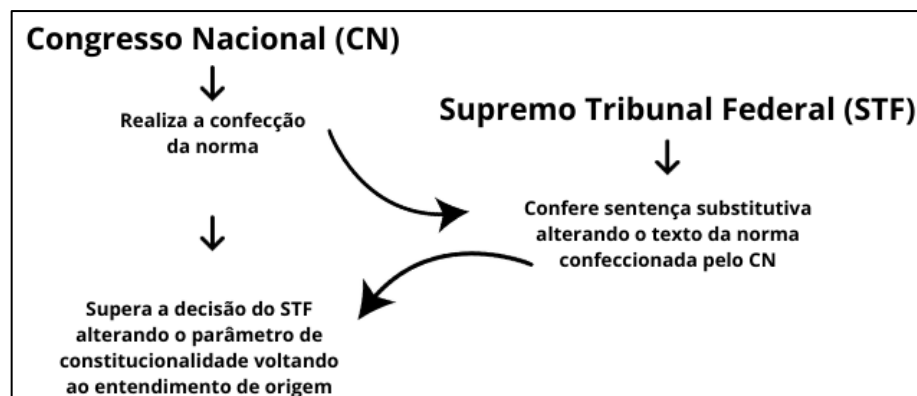
Nas sentenças aditivas de princípios, pode-se observar o diálogo institucional, conforme as estruturas de Bateup (2006, p. 16), especialmente a teoria do aconselhamento e a dos princípios jurídicos. Esse diálogo ocorre quando o Judiciário, ao emitir uma sentença aditiva, indica ao Legislativo a necessidade de aprovar uma nova legislação, interagindo com o outro Poder. Nesses casos, o Judiciário aponta a inconstitucionalidade ou insuficiência da norma vigente e oferece ao Legislativo a oportunidade de agir para preencher as lacunas, criando uma norma.



Fonte: elaborado pelos autores

Por fim, a última modalidade refere-se às *sentenças substitutivas*, em que o Judiciário vai além da mera declaração de inconstitucionalidade da norma questionada. Nesses casos, além de declarar a norma inconstitucional, o Judiciário a substitui por outra que considere constitucional. Simplificando, o juiz responsável pela questão constitucional invalida uma determinada disposição e, em seguida, impõe uma nova interpretação normativa, substituindo-a por outra mais compatível com a Constituição (Fernandes, 2021, p. 2176 a 2177).

Nesse contexto, o diálogo nas sentenças substitutivas pode ser compreendido pela estruturação proposta por Christine Bateup (2006, p. 16), conhecida como teoria do aconselhamento ou também denominada de *constitutional roadmaps*. Sugere-se que o Tribunal não se limita apenas a declarar a inconstitucionalidade, ele também critica o legislador pela ausência de previsão de consequências na norma discutida e modifica o entendimento, propondo uma solução mais adequada. Essa solução pode posteriormente ser validada pelo Legislativo ou facilmente alterada por meio da criação de uma nova norma que retome o entendimento anterior.



Fonte: elaborado pelos autores

Sendo assim, todas essas interações evidenciadas entre o Congresso Nacional (CN) e o STF são definidas como um tipo de interação adversarial, de acordo com Conrado Hübner Mendes (2008, p. 211), uma vez que cada ente desafia e responde aos posicionamentos do outro, buscando manter o equilíbrio e a harmonização na aplicação das normas constitucionais

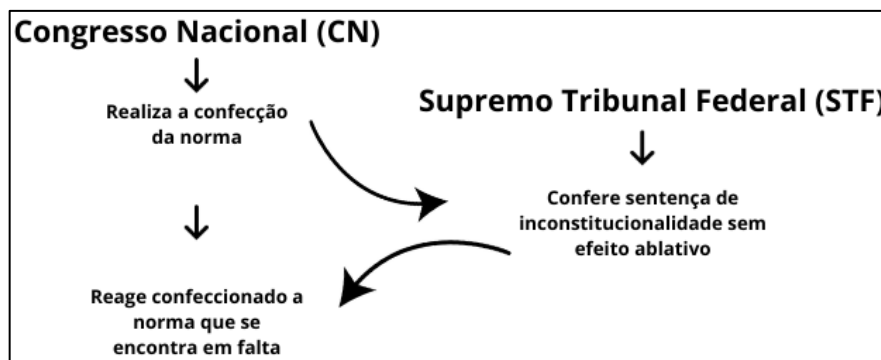
3.2 Sentenças transitivas

As sentenças transitivas são decisões judiciais que avaliam a constitucionalidade ou ilegitimidade de uma norma com base em critérios transitórios, refletindo um processo de evolução caracterizado por certa flexibilidade ou ajuste do princípio da supremacia constitucional (Fernandes, 2021, p. 2178).

Podem ser divididas em: i. sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; ii. sentenças de inconstitucionalidade; iii. sentenças de apelo; iv. sentenças de aviso.

Nas *sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo*, o Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma norma, mas opta por mantê-la no ordenamento jurídico com o argumento de que sua retirada causaria mais danos do que sua permanência (Fernandes, 2021, p. 2181). Em outras palavras, a norma inconstitucional não é imediatamente removida, a menos que sua manutenção provoque uma situação insustentável ou represente um risco significativo para o Estado.

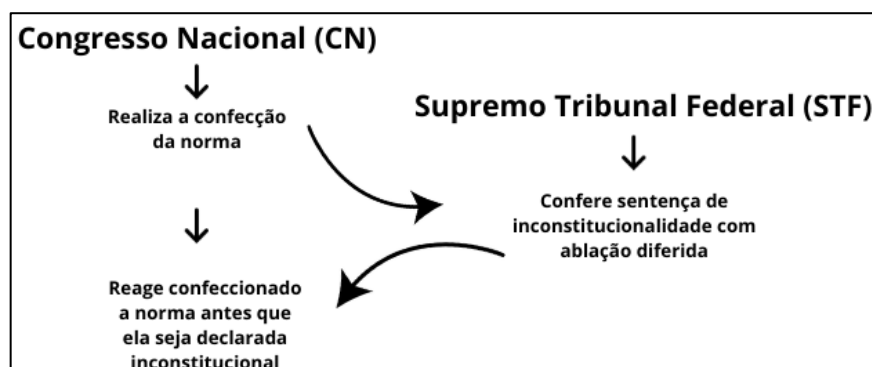
Nessa modalidade de sentença, o diálogo entre Judiciário e Legislativo é evidenciado pela teoria do aconselhamento de Christine Bateup (2006, p. 21), onde o Judiciário reconhece a inconstitucionalidade, mas delega ao Legislativo a responsabilidade de alterar ou revogar a norma. Esse tipo de decisão tem um caráter mais colaborativo, buscando um ajuste legislativo ao invés de impor uma solução definitiva.



Fonte: elaborado pelos autores

Nas *sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida*, há a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas os efeitos dessa declaração ficam diferidos para um momento posterior, permitindo que a norma continue a vigorar temporariamente. Essa abordagem busca gerenciar os impactos da invalidação de forma mais prudente, evitando efeitos abruptos e retroativos que poderiam desestabilizar o sistema jurídico (Fernandes, 2021, p. 2181 a 2182).

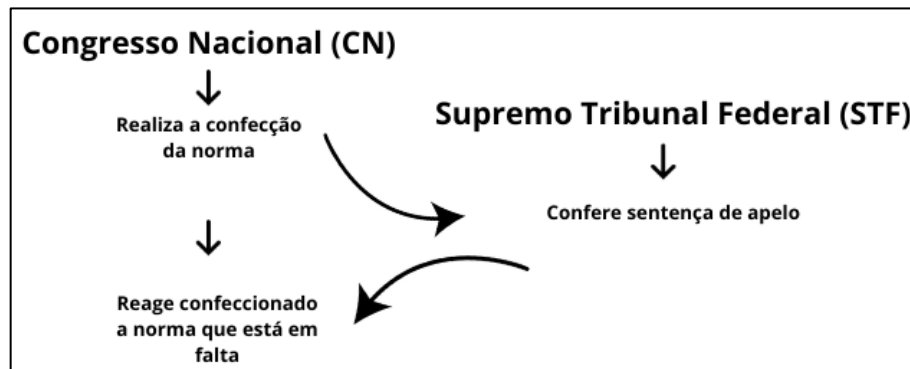
Nessas sentenças, percebe-se o diálogo durante o período de adiamento, vez que o Legislativo tem a oportunidade de modificar a norma para corrigir a inconstitucionalidade detectada pelo Tribunal, mantendo o diálogo entre os Poderes, conforme descrito pela teoria das teorias centradas no processo de Christine Bateup (2006, p. 21).



Fonte: elaborado pelos autores

Outra modalidade são as *sentenças de apelo*, nas quais o Judiciário reconhece a constitucionalidade da norma vigente, mas adverte o Legislativo sobre a necessidade de ajustes para evitar que a norma se torne inconstitucional no futuro. Desse modo, ao invés de declarar a inconstitucionalidade de imediato, o Judiciário comunica ao legislador as fragilidades da norma, incentivando sua correção para assegurar sua conformidade com a Constituição (Fernandes, 2021, p. 2182).

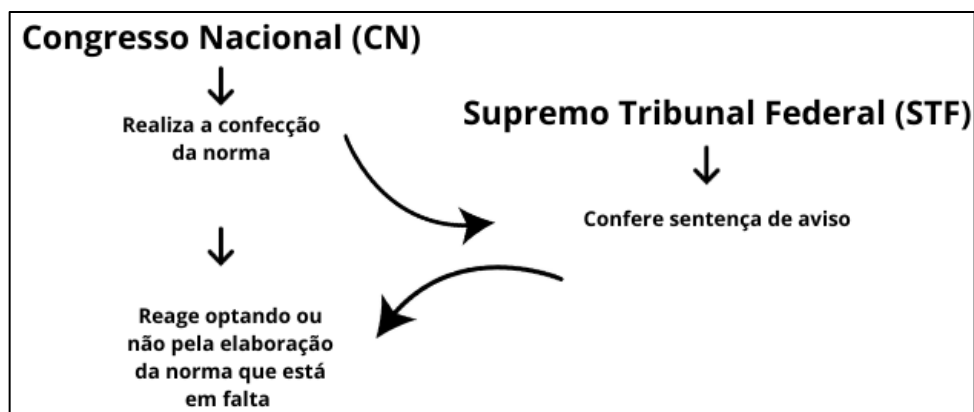
Evidencia-se o diálogo baseado na teoria do aconselhamento de Christine Bateup (2006, p. 16), onde o Judiciário atua de maneira preventiva, apontando possíveis problemas que o Legislativo deve abordar.



Fonte: elaborado pelos autores

Por fim, a última modalidade se trata das *sentenças de aviso*, que implicam em decisões que indicam uma possível mudança futura na jurisprudência do Tribunal, sem efeitos retroativos para o caso em julgamento (Fernandes, 2021, p. 2182 a 2183).

Nas sentenças de aviso percebe-se o diálogo através da teoria do aconselhamento proposta por Christine Bateup (2006, p. 16), vez que o Tribunal anuncia a mudança, o que permite ao Legislador modificar a norma que sofrerá a mudança de julgamento, ou permitirá que o Legislador altere o parâmetro de constitucionalidade, o que acaba por obrigar o Judiciário a não modificar a sua interpretação.



Fonte: elaborado pelos autores

A configuração da interação entre os entes nas sentenças transitivas é marcada por uma interação mais colaborativa entre o STF e o Legislativo, onde o STF convida o Congresso Nacional ao diálogo ao invés de desafiar diretamente sua competência. Essa abordagem deliberativa promove um equilíbrio de poderes e incentiva a adequação das normas constitucionais de forma harmoniosa (Mendes, 2008, p. 212).

4 Análise das decisões no Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para o problema da omissão. O primeiro, previsto no artigo 5º, LXXI, é o mandado de injunção “para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora”; o segundo, previsto no artigo 103, § 2º, é a ação de inconstitucionalidade por omissão “para o controle por via principal e em tese das omissões normativas” (Barroso, 2022, p. 55).

O MI nº 4.733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) em face do Congresso Nacional a fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente, mas não exclusivamente, das ofensas, sejam essas individuais ou coletivas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero.

O MI nº 4.733 foi julgado procedente, sendo relator o Ministro Edson Fachin que em seu voto destacou 5 (cinco) premissas diferentes referente ao tema. A primeira premissa destacada seguiu pontuando ser atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero; a segunda premissa versa sobre o direito à igualdade sem discriminações, vez que, esse abrange também a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual; a terceira refere-se à Constituição Federal de 1988, que criminaliza toda e qualquer discriminação e aponta também que é atentatório aos direitos e liberdades fundamentais; a quarta trata da omissão por parte do Legislativo em tipificar a discriminação por orientação sexual, e que essa morosidade ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida às pessoas protegidas nesse Mandado de Injunção fosse tolerada como se esses indivíduos não fossem dignos de viver em igualdade; e a quinta premissa se refere ao entendimento quanto à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ou qualquer outra forma de discriminação, o que é inaceitável atualmente, vez que, retira das pessoas a justa expectativa que tenham igual valor.

O Mandado de Injunção foi julgado procedente, reconhecendo a omissão por parte do Congresso Nacional em tipificar como crime condutas discriminatórias por orientação sexual ou identidade de gênero, definindo que seja aplicada a Lei nº 7.716/1989 para os casos resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou à discriminação por orientação sexual, ou identidade de gênero, estendendo assim a sua aplicabilidade.

Nesse diapasão, a respeito do mesmo tema a ADO nº 26, que foi interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS – atualmente denominado “Cidadania”) em face do Congresso Nacional, alegando inércia legislativa ao decidir sobre temas que objetivavam criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia.

O relator da ação foi o Ministro Celso de Mello, que em seu voto destacou diversos pontos importantes sobre o assunto tratado, destacam-se aqui dois pontos. O primeiro quanto à decisão do Ministro ao conferir interpretação conforme a Constituição no conceito de raça contido no texto constitucional e; o segundo que constatou a omissão do Congresso Nacional em tipificar como crime práticas homofóbicas e transfóbicas.

No primeiro ponto evidencia-se que foi conferida interpretação conforme a Constituição pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:

Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). (Inteiro Teor Acórdão ADO nº 26, 2019, p. 14, grifo próprio)

Sendo assim, o Ministro passa a considerar que os delitos previstos na Lei nº 7.716/1989 não se resumem a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, mas sim, que esses têm uma dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo inclusive as situações de injustas agressões resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Já quanto ao segundo ponto, há a constatação da omissão por parte do Congresso Nacional em tipificar como crime as práticas homofóbicas e transfóbicas, o relator ressalta uma ideia de inércia abusiva, citando o Projeto de Lei nº 5.003/2001, da então Deputada Federal Iara Bernardi, que faz parte do histórico de tentativas falhas do Congresso em criminalizar a homofobia e a transfobia. Dessa forma, o Ministro Celso de Mello constatou o nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, justificando o provimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

4.1 Constatação de sentença aditiva na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

Na ADO nº 26, o STF reconheceu a omissão do Congresso Nacional em criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, evidenciando a falta de instrumentos legais para proteger os direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

O relator, Ministro Celso de Mello, destacou em seu voto que os crimes previstos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) possuem uma dimensão cultural e sociológica, além de antropológica ou biológica. Com base nisso, o Ministro aplicou uma interpretação conforme à Constituição, ampliando o escopo da lei para incluir atos discriminatórios motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero:

Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo — e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 — objetiva fazer preservar — no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) — a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (Inteiro Teor Acórdão ADO nº 26, 2019, p. 90, grifo próprio)

Com essa decisão, a Lei nº 7.716/1989, que anteriormente abrangia apenas casos de racismo, passou a incluir também discriminações motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero. A ampliação conferida pelo STF entende atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas de racismo, ampliando o conceito para além de aspectos biológicos ou fenotípicos tradicionais.

Assim, percebe-se que houve uma reinterpretação do conceito de racismo, agregando novas dimensões à lei sem alterar seu mecanismo de aplicação. A decisão configura-se como uma sentença aditiva, pois acrescentou um novo sentido ao conceito de "raça", estendendo-o aos casos de homofobia e transfobia. Dessa forma, o instrumento legal que anteriormente era insuficiente passou, com a intervenção judicial, a cobrir práticas discriminatórias que ainda não possuíam tipificação própria.

4.2 Proposta de verificação da teoria dos diálogos institucionais no Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

Com base no exposto, é possível notar que a decisão proferida pelo STF representou uma resposta à inércia do Poder Legislativo, que não conseguiu regulamentar o tema da criminalização da homofobia e transfobia.

Dessa maneira, a interação entre os Poderes, nesse contexto, assumiu um caráter adversarial, como argumenta Linares (2008b) em sua teoria das escalas de dificuldade contramajoritária e deliberação interinstitucional. Isso demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra em um estado intermediário, onde a interação entre os Poderes tende a ser mais conflituosa, como observado neste caso específico.

Além disso, a interação entre os Poderes pode ainda ser compreendida pela teoria de argumentação, resposta e refutação proposta por Linares (2008b). No caso da ADO nº 26, o STF, ao adotar uma sentença aditiva, determinou que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual se enquadra na definição jurídica de racismo.

Essa nova interpretação representa a fase de argumentação, onde o STF estabelece um novo entendimento, que o Legislativo pode aceitar ou contestar.

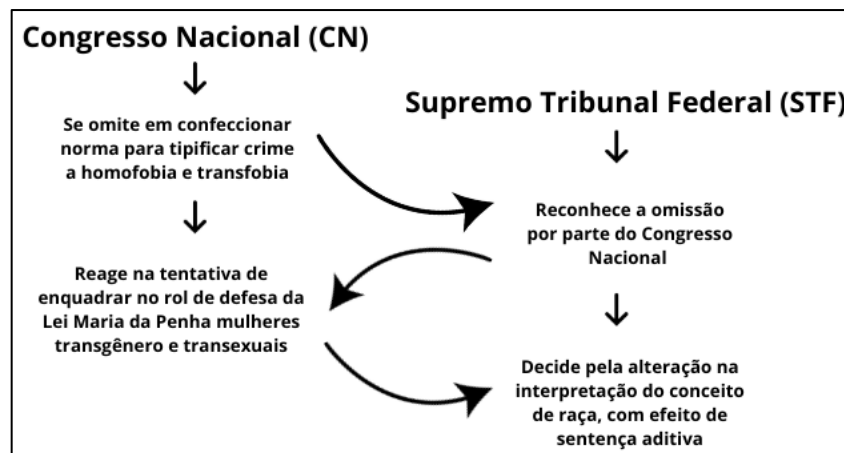
A resposta do Congresso Nacional foi inicialmente marcada por críticas à postura do STF, além do reexame de projetos de lei que já haviam sido debatidos

anteriormente. Com o tempo, o Legislativo buscou alternativas, como a extensão da Lei Maria da Penha para mulheres transgênero e transexuais, tentando responder ao julgamento do STF e propor uma abordagem própria para o problema.

Ao passo que, o STF, por meio de sentença aditiva, ampliou o alcance da Lei de Racismo para incluir como crime as práticas homofóbicas e transfóbicas, destacando a complexidade e a tensão dialógica entre os Poderes na busca pela proteção dos direitos fundamentais.

A interação entre os Poderes também pode ser analisada com base no esquema de estruturas proposto por Christine Bateup (2006), especialmente pelo aconselhamento – *Constitutional Road Maps*. No caso em questão, é possível identificar elementos dessa estrutura, já que, na decisão do MI nº 4.733, o Ministro Relator mencionou diversos projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional, destacando um em particular, que propunha uma tipificação semelhante à decisão tomada na ADO nº 26. Nesse contexto, o Ministro forneceu orientações ao Legislativo, sugerindo que essa proposta seria uma solução viável para o problema, reconhecendo a omissão legislativa e instigando o Congresso a agir.

Em resposta, o Congresso Nacional ignorou a sugestão do STF e apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 191/2017, que buscava estender a proteção da Lei Maria da Penha a mulheres transgênero e transexuais, oferecendo uma solução alternativa que divergia da proposta judicial para resolver a questão da criminalização da homofobia e transfobia.



Fonte: elaborado pelos autores

Esse cenário de interação entre os Poderes evidencia o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, no qual Executivo, Legislativo e Judiciário atuam de forma independente, mas complementar. A decisão do STF na ADO nº 26 não apenas marcou a jurisprudência brasileira, mas também exemplificou como o Judiciário pode suprir lacunas legislativas quando o Legislativo se omite. Ao mesmo tempo, a decisão do STF incentivou o Congresso a cumprir seu papel na formulação das leis, reforçando a dinâmica do diálogo entre os Poderes e a importância de cada um na proteção dos direitos fundamentais.

5 Conclusão

O presente estudo evidencia a complexa interação entre o Judiciário e o Legislativo brasileiro, destacando o papel crucial desempenhado pelo STF na correção de omissões legislativas significativas, particularmente em temas sensíveis como a criminalização da homofobia e transfobia.

As decisões analisadas no MI nº 4.733 e ADO nº 26 revelam um cenário em que o STF não apenas reconhece a falha do Congresso Nacional em cumprir seu dever constitucional, mas também toma medidas para preencher essas lacunas, evidenciando uma verdadeira superação institucional.

A teoria dos diálogos institucionais, embora ainda sem uma sistematização teórica definida, oferece uma moldura interpretativa potente para entender essas interações. As diversas estruturas de diálogo propostas por autores como Christine Bateup (2006) – como o método judicial, as estruturas de diálogo e a fusão dialógica – e Conrado Hübner Mendes (2008) demonstram como o Judiciário pode agir tanto de forma colaborativa quanto adversarial.

No caso do STF, o modelo predominante foi o adversarial, em que o Tribunal, ao invés de meramente se submeter às decisões legislativas, se posiciona como uma entidade que desafia e impulsiona o Congresso a corrigir suas omissões.

Dessa maneira, a decisão do STF, ao aplicar a Lei nº 7.716/1989 de forma ampliada para incluir discriminações por orientação sexual e identidade de gênero, representou uma clara sentença aditiva. Essa sentença não só corrigiu a ausência legislativa como também ofereceu um novo marco interpretativo para a proteção de direitos fundamentais, mostrando que o STF não apenas reconhece falhas, mas também é capaz de propor soluções normativas.

Da mesma forma, a ADO nº 26 sublinha a omissão do Congresso na tipificação de práticas homofóbicas e transfóbicas, revelando uma inércia que, segundo o voto do Ministro Celso de Mello, beira o abusivo. A decisão adotada pelo STF ampliou a concepção de racismo para incluir manifestações contemporâneas de discriminação contra a população LGBT+, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição para superar as limitações do texto original da Lei de Racismo. Esta abordagem demonstra uma capacidade adaptativa do Judiciário, que, mesmo diante de um Legislativo inerte, encontra formas de ampliar a proteção constitucional sem violar os princípios democráticos.

Portanto, conclui-se que a atuação do STF nos casos abordados vai além de uma mera resposta à inércia legislativa, representando uma verdadeira superação institucional que pode redefinir o papel do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 27 set. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. *Lei nº 7.716/1989*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 13/06/2019, DJe 05/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4.733/DF*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 13/06/2019, DJe 29/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 24 set. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista mexicana de sociología*, v. 70, n. 3, p. 487-539, 2008a. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032008000300003. Acesso em: 24 set. 2024.

LINARES, Sebastián. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madri: Marcial Pons, 2008b.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em 24 set. 2024.

TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. *Teorias dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas: o caso israelense* In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

Data de submissão: 05 fev. 2025
Data de aprovação: 09 jun. 2025