



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLA KELLEN MOTA DE QUEIROZ

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, TENSÃO INSTITUCIONAL E
REAÇÃO LEGISLATIVA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA
INTERAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA
DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL**

Salvador
2021

CARLA KELLEN MOTA DE QUEIROZ

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, TENSÃO INSTITUCIONAL E
REAÇÃO LEGISLATIVA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA
INTERAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA
DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador
2021

CARLA KELLEN MOTA DE QUEIROZ

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, TENSÃO INSTITUCIONAL E
REAÇÃO LEGISLATIVA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA
INTERAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA
DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos

Salvador, 09 junho de 2021

Banca examinadora:

Edilton Meireles de Oliveira Santos (Orientador)
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Aos que me deram o presente da existência. Minha mãe, Selma, maior incentivadora e fã e a quem devo o meu amor. Você, além de ser a causa, é a razão de tudo isso. Meu pai, Eron, pelos momentos de prazer e alegria proporcionados durante toda vida.

Sou igualmente grata às minhas companheiras de jornada. Erika, com a sua sensibilidade e compreensão, soube oferecer conforto nos momentos mais difíceis. Samira, com a sua generosidade e bondade, jamais mediu esforços para encontrar soluções necessárias. Nossa união vai além das paredes das salas de aula da FDUFBA.

Ao Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEPEJ) pela régua e compasso e pelas amizades ali construídas.

À Bianca, minha parceira de pesquisa, exemplo de responsabilidade e dedicação. Obrigada pelas considerações e revisões feitas neste trabalho.

Às minhas chefas Isabella Lago, Daniela Bomfim e Maria Verônica que, de forma indireta, contribuíram com o aperfeiçoamento da minha escrita.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade (GPCC), orientado pelo professor Gabriel Marques, pelo compartilhamento de ideias e provocações. Este trabalho é, também, produto da nossa troca.

Aos professores da FDUFBA pela facilitação do processo de aprendizado.

Ao professor Gabriel Marques pelo exemplo de profissional e ser humano.

Ao meu orientador, professor Edilton Meireles, pela gentileza e assistência.

Aos examinadores, professores Dirley da Cunha e Fábio Periandro, por terem aceitado compor a banca avaliadora deste trabalho.

Aos colegas e grandes amigos, tanto da UFBA, como da vida. Obrigada pela presença de cada um.

Meu mais sincero agradecimento.

Quando é verdadeira, quando nasce da necessidade de dizer, a voz humana não encontra quem a detenha. Se lhe negam a boca, ela fala pelas mãos, ou pelos olhos, ou pelos poros, ou por onde for. Porque todos, todos, temos algo a dizer aos outros, alguma coisa, alguma palavra que merece ser celebrada ou perdoada.

Eduardo Galeano (2017, p. 23)

QUEIROZ, Carla Kellen Mota de. **Separação dos poderes, tensão institucional e reação legislativa**: uma reflexão acerca da interação entre o Legislativo e o Judiciário na definição do sentido constitucional. 2021. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a dinâmica das relações institucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário brasileiros na definição do sentido do texto constitucional à luz da perspectiva de uma construção dialógica e compartilhada de suas competências. Assim, o ponto de partida envolve a compreensão sobre a tradicional Teoria da Separação dos Poderes, o seu desenvolvimento histórico e a sua concepção atual, a partir do aprofundamento na sistemática dos freios e contrapesos e da expansão da jurisdição constitucional. Em seguida, são apresentados alguns mecanismos constitucionais que favorecem o diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo, a exemplo da inoponibilidade do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ao Legislativo, bem como os aspectos que envolvem as omissões legislativas, dentre outros. Ao fim, do ponto de vista deliberativo, é realizada investigação acerca da definição de última palavra no processo interpretativo constitucional, com destaque aos fenômenos da reação legislativa e do efeito *backlash*, apresentando-se as contribuições da teoria dos diálogos institucionais, cujo processo de análise e deliberação fomenta uma dinâmica de interação dialógica e cíclica entres os Poderes. Para tanto, utiliza-se o método explicativo e o exploratório, inclinando-se a uma observação crítico-metodológica da realidade, por meio de pesquisa bibliográfica-documental para obtenção de dados.

Palavras-chaves: Separação dos Poderes. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Diálogos institucionais.

QUEIROZ, Carla Kellen Mota de. **Separation of powers, institutional tension and legislative reaction:** a reflection on the interaction between the Legislative and the Judiciary in defining the constitutional meaning. 89 p. Monography (Law graduation) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This paper proposes to analyse the dynamic of institutionalized relations between Brazilian's legislative and judiciary powers defining the meaning of the constitutional text in the light of the perspective of a dialogical and shared of its competences. Therefore the starting point involve a comprehension about the classic Theory of Fragmentation of Powers, its historic development and its actual conception, since the enhancement in the Checks and Balances System and the expansion of the constitutional jurisdiction. Then, some constitutional mechanisms that favor institutional dialogue are presented between judiciary and legislative powers, an example of the unenforceability of the binding effects from the Supreme Court in control of the Legislative power's constitutionality, as like the aspects that involve its omissions and many other occurrences. At last, from the deliberative point of view, an investigation is accomplished about the definition of the constitutional interpretative processes last words, highlighting the phenomenons of the legislative reaction and backlash, presenting contributions of the Theory of Institutionalized Dialogs, whose process of analysis and deliberation promotes a dynamic of dialogical and cyclical interaction between the Powers. Therefore, the explanatory and exploratory method is used, inclining to a critical-methodological observation of reality, through bibliographic-documentary research to obtain data.

Keywords: Separation of Powers. Legislative. Judiciary. Institutional dialogue.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
MIN	Ministro
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. REFLEXÕES ACERCA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	13
2.1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: EVOLUÇÃO E SIGNIFICADO.....	13
2.2 CRÍTICAS À TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES.....	16
2.3 A DIVISÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	19
2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES APONTAMENTOS.....	23
2.4.1 O sistema judicial e o controle de constitucionalidade brasileiro.....	23
2.4.2 A expansão da jurisdição constitucional: do ativismo judicial à autocontenção.....	27
3. DAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL.....	33
3.1 MEIOS POSITIVADOS DE INTERAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO.....	33
3.1.1 O silêncio do legislador e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF/88).....	34
3.1.2 Suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal (art. 52, X, da CFB88).....	39
3.1.3 Inoponibilidade do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ao Legislativo (art. 102, §2º, da CF/88).....	41
3.2 DA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO CONSTITUCIONAL.....	45
3.2.1 Superação de precedente judicial obrigatório pelo Judiciário.....	45
3.2.2 Superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.....	48
4. A REAÇÃO LEGISLATIVA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO.....	57
4.1 A QUEM COMPETE DAR A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?.....	57
4.2 REAÇÃO LEGISLATIVA E BACKLASH: BREVE ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	66

4.3	DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO: UMA NOVA PERSPECTIVA NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL.....	71
4.3.1	Diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário: conceito, teorias e contribuições.....	71
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
	REFERÊNCIAS.....	83

1. INTRODUÇÃO

Na experiência brasileira, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se significativa mudança no espaço ocupado pela Suprema Corte e na sua relevância para o cenário sociopolítico brasileiro: tanto os juízes como os tribunais passaram a ser solicitados para enfrentar questões sensíveis e julgar temas de grande complexidade. Assim, diante da tendência expansiva de atuação política do Poder Judiciário, fala-se muito em ativismo judicial e judicialização da política.

Sucedem que, além das diversas indagações quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, sobre a competência e legitimidade da Suprema Corte brasileira, a atuação expansiva do Judiciário tem despertado uma atuação ativa do Poder Legislativo, em forma de contra-ataque, através da superação do entendimento adotado do Supremo Tribunal Federal na definição do sentido e alcance das normas constitucionais.

Esta pesquisa, a despeito de tangenciar tais fenômenos, de modo a apresentar as formas de relação institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, tem por objetivo avaliar eventuais dissensos nas relações entre esses órgãos, em sede de controle de constitucionalidade, cuja dinâmica resvala num processo de deliberação permeável ao debate e potencialmente democrático.

Dessa forma, inicialmente, com o intuito de compreender as origens da divisão das funções estatais e o modelo de estrutura organizacional brasileira, serão apresentados os principais teóricos responsáveis por conceituar e descrever o que se convencionou chamar de Teoria da Separação dos Poderes, as críticas e ressignificações atribuídas à essa concepção amplamente utilizada para justificar o relacionamento harmônico entre os poderes estatais, das quais se originam os atuais debates a serem desenvolvidos na pesquisa envolvendo o Legislativo e o Judiciário. São abordados, ainda, os motivos da expansão da atuação do Judiciário na jurisdição constitucional brasileira tanto na interpretação da Constituição, quanto na garantia dos direitos fundamentais.

Em seguida, após a exposição de pontos de confluência entre as atividades e funções outorgados pela Constituição Federal de 1988 a serem desempenhadas pelos poderes estatais, serão analisados alguns mecanismos constitucionais que fomentam uma relação dialógica entre o Judiciário e o Legislativo, a exemplo da inoponibilidade do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ao Legislativo, prevista no art.

102, §2º, da CF/88; o instrumento da suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal, fixado pelo art. 52, X, da CF/88 e a dinâmica da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, disposta no art. 103, §2º, da CF/88. A análise visa apresentar algumas relações, positivadas ou não, mantidas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, a fim de identificar, através do texto constitucional e da jurisprudência, a existência de um intercâmbio de ideias entre esses órgãos. É dado destaque à relação entre o Legislativo e o Judiciário na definição do sentido constitucional, especialmente na hipótese de alteração de jurisprudência firmada pelo STF no controle de constitucionalidade pela via legislativa, seja através de lei ordinária ou por emenda constitucional.

Em arremate às reflexões empreendidas, busca-se analisar a quem caberia dar a “última palavra” no processo interpretativo constitucional, atentando-se, sobretudo, para o fenômeno da reação legislativa e do *backlash*. Vale ressaltar que esta monografia não enfrenta o papel que os cidadãos e os movimentos sociais possuem na construção do sentido da Constituição, a despeito de reconhecer sua premente necessidade.

Assim, a questão é tratada apenas no âmbito institucional e limitada às interpretações das interações entre Judiciário e do Legislativo, de modo a apresentar as contribuições das Teorias dos Diálogos Institucionais no contexto das relações entre tais instituições em sede de jurisdição constitucional, sugerindo-se que a postura dialógica seja adotada nas dinâmicas constitucionais envolvendo os referidos poderes. A dialética defendida objetiva, pois, o alcance de um modelo de deliberação mais inclusivo e democrático do que a atribuição de última palavra a uma única e exclusiva instituição.

É importante reconhecer, desde logo, que, em decorrência dos limites deste trabalho monográfico, não se propõe um estudo detalhado e aprofundado sobre todas as Teorias dos Diálogos Institucionais e suas respectivas contribuições para o cenário brasileiro, sobretudo porque a mera transposição do direito estrangeiro, sem a devida adaptação, desprezaria peculiaridades do desenho institucional brasileiro. O propósito deste trabalho é contribuir para a reflexão acerca do tema, tornando o terreno fértil para pesquisas futuras.

2. REFLEXÕES ACERCA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste tópico serão apresentados, de modo breve, os principais teóricos responsáveis por conceituar e descrever o que se convencionou chamar de teoria da separação dos poderes, as críticas e ressignificações atribuídas à essa concepção amplamente utilizada para justificar o relacionamento harmônico entre os poderes estatais e, por fim, os motivos da expansão da atuação do Judiciário na jurisdição constitucional brasileira.

2.1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: EVOLUÇÃO E SIGNIFICADO

A separação dos poderes do Estado, como hoje se apresenta no texto constitucional, é produto do desenvolvimento de uma teoria política atenta às demandas governamentais inauguradas em contextos históricos diversos. A análise evolutiva que se segue considera o ambiente histórico no qual desponta o princípio da separação dos poderes, sem a qual seria de difícil compreensão “quer na idade em que se elevou à altura de dogma constitucional — o século XIX —, quer nos dias presentes, que testemunham já o declínio da influência auferida nas passadas quadras do liberalismo” (BONAVIDES, 2000, p. 170).

A primeira concepção de divisão de poderes remonta à antiguidade quando Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, conferiu contornos específicos a três funções existentes no governo: a deliberativa, que deliberava sobre os negócios do Estado; a executiva, que compreendia os poderes constituídos de que o Estado dependia para agir e, por fim, a judiciária, que abrangeria os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 2007, p. 87-100). Muito embora não haja alusão à existência de hierarquia entre as referidas funções, o corpo deliberativo, composto por todas as classes, era considerado como o verdadeiro soberano do Estado.

Já na Era Moderna, com a formação da sociedade política, John Locke, na obra intitulada “Dois tratados sobre o governo”, entendendo que a saída do indivíduo do estado de natureza impõe-lhe a busca pela conservação da sua propriedade, aponta para a necessidade de, em primeiro lugar, ser adotada uma lei fixa e conhecida; em segundo lugar, fixado um juiz imparcial com autoridade para solucionar os problemas de acordo com a lei e em terceiro lugar, um poder para apoiar e sustentar a sentença e para dar-lhe execução (LOCKE, 1998, p. 496-

497). É dessa ideia que se extrai a primeira divisão funcional dos poderes contrária à detenção da autoridade em mãos únicas¹.

De acordo com a formulação de Locke, existiriam quatro funções exercidas por dois órgãos do poder: a função legislativa, que caberia ao Parlamento e a função executiva, a ser exercida pelo rei. Essa última desdobrava-se na função federativa, relacionada ao poder de fazer guerra, declarar a paz, criar alianças e de cuidar da política externa e na função prerrogativa, entendida como o poder de fazer o bem público sem se subordinar às leis (LOCKE, 1998, p. 514-517). Não se visualiza, na referida obra, o Judiciário como um órgão independente dos demais; ao revés, é dado acentuado destaque ao Legislativo, estando o Executivo a ele subordinado. Ainda na visão de Locke, o Legislativo, deveria estar sob o controle do povo, já que representante dos interesses dos cidadãos, pois, “nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar” (LOCKE, 1998, p. 514-515).

Aristóteles e Locke partiam do pressuposto de que, em nome da liberdade, ao delinear tais funções seriam evitados os excessos e abusos de um poder ilimitado. É, porém, no século XVIII que Montesquieu estruturou, de maneira racional, a fórmula clássica da teoria da tripartição dos poderes², ao publicar a obra “O espírito das leis”. Para o autor, existem três tipos de poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167). Ao legislativo incumbiria criar, corrigir e anular leis; ao “poder executivo do Estado” caberia lidar com embaixadas, prevenir invasões e fazer guerra ou gerar a paz; ao “poder de julgar” competia julgar as querelas entre particulares e aplicar castigos por crimes. (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

¹ Sobre o estado de natureza, Locke (1998, p. 497) aponta que “apesar de todos os privilégios do estado de natureza, a humanidade desfruta de uma condição ruim enquanto nele permanece, procurando rapidamente entrar em sociedade. [...] As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade. É isso que dispõe cada um a renunciar tão facilmente a seu poder de punir, porque ele fica inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas por ela autorizadas adotaram de comum acordo. Aí encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades.”

² Antecipando a crítica que se virá, para Apolinário (2013, p. 3), “A Montesquieu deve-se, sem dúvida alguma, sua mais acabada e sofisticada formulação, mediante aquele pensamento que tanto prestígio alcançou nos áureos tempos do contexto liberal clássico”, e que “atualmente requer uma dosagem considerável de ajustes para fazer prevalecer a avançada teoria política que fundamenta e estrutura os seus dogmas no constitucionalismo democrático moderno.”

Dividido o exercício das referidas funções entre órgãos independentes entre si seria obtida a limitação do poder pelo próprio poder³ e restaria garantida a liberdade dos homens. Como um mecanismo de limitação dos poderes, a separação de poderes defendida por Montesquieu serviu como um instrumento político à disposição dos liberais na luta contra o absolutismo monárquico do Antigo Regime.

O princípio em comento, com o advento do Estado moderno, é visto enquanto técnica de restrição do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia, até então, toda a forma básica de Estado (BONAVIDES, 2000, p. 180). No entanto, com o surgimento de arranjos sociais de maior complexidade, houve significativa alteração na forma como o Estado passou a exercer seu plexo de funções, sendo direcionado um novo olhar sobre a dinâmica e os instrumentos institucionais postos à sua disposição.

Nesse sentido, para Apolinário (2013, p. 3), é no constitucionalismo contemporâneo, que vem se discutindo o novo papel da teoria da separação de poderes, tendo em vista que as circunstâncias históricas, políticas, econômicas e sociais, tanto no Brasil como no mundo, sofreram modificações. Assim, é possível afirmar que o modelo de tripartição dos poderes estatais, inicialmente projetado para neutralizar o abuso do poder, não pode ser mais utilizado em sua forma e conteúdo iniciais.

Expostos os principais teóricos que, com similar objetivo, formularam uma teoria política que serviria de instrumento na contenção do poder uno e incondicional, passa-se a apresentação de críticas à teoria da tripartição de poderes formulada por Montesquieu. Tais críticas surgiram ao longo do século XIX em pleno ápice do liberalismo e encontraram forte ressonância entre os pensadores do Estado Social, já em pleno século XX.

³ Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes (2015, p. 429) “Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro”. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.”

2.2 CRÍTICAS À TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O atual panorama brasileiro, seja institucional, seja político, em nada se assemelha com aquele no qual foi fecundada a teoria da separação de poderes. O modo como as instituições se arranjam atualmente é resultado das demandas e das interações levadas a cabo por elas ao longo de toda história. Assim, é possível afirmar que as funções do Estado também vêm sofrendo transformações na exata medida em que o próprio Estado passa a assumir novos contornos (STRECK; MORAES, 2014, p. 124). Para os autores, a clássica separação dos poderes do Estado está há muito superada.

[...] com os primeiros sinais do intervencionismo estatal, próprios do Estado Social (Contemporâneo), já ocorreram sensíveis alterações na esfera das relações entre os Poderes do Estado, mediante o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionam aquilo que muitos autores chamam de “juridicização da política” (STRECK; MORAES, 2014, p. 124-125).

Na visão de Paulo Bonavides (2000, p. 185), “os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento”. De acordo com o autor, quando se abandonou a possibilidade de retorno ao regime absolutista e a valoração política foi elevada ao plano social, tornou-se desnecessária a manutenção de um princípio⁴ que paralisava a ação do poder estatal e criava contrassensos no interior de instituições que se renovavam e não poderiam conter-se nos limites de uma técnica já obsoleta e ultrapassada (BONAVIDES, 2000, p. 186).

É possível afirmar, portanto, que o paradigma da separação de poderes entrou em crise há muito tempo, precisamente porque superada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu. Assim, cumpre repensá-lo em perspectiva temporalmente adequada⁵, porque a sua manutenção, enquanto princípio, depende da sua adequação, como prática, às

⁴ No seu entender, “A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos. [...] O princípio perdeu, pois, autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.” (BONAVIDES, 2000, p. 186).

⁵ “Noutras palavras, impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais” (MENDES, 2012, p. 119).

exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição (MENDES; BRANCO, 2012, p. 118).

Também apontando críticas, mas com conclusão diversa, Dallari (2011) entende que o sistema de separação de poderes é meramente formalista e jamais foi praticado. Isso porque, mesmo nos textos constitucionais que consagram enfaticamente a separação dos poderes, há uma interpenetração entre os órgãos de Estado, a exemplo da prática de atos que, a rigor, seriam de outros órgãos ou até mesmo a influência de fatores extralegais, o que faz com que algum dos poderes predomine sobre os demais e seja mantida apenas uma aparente separação de poderes (DALLARI, 2011, p. 218).

Tanto assim o é que, de acordo com Dirley da Cunha a separação absoluta entre os Poderes, além de impossível, é também indesejada, dada a inevitável colaboração entre os Poderes em determinadas tarefas, cuja manifestação se dá de forma limitada e secundária, conservando-se a função precípua do outro e mantendo-se a limitação do poder, a garantia das liberdades individuais e a realização do bem comum (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 153-154).

Nesse sentido, é possível afirmar que uma doutrina exclusivista que assuma a divisão absoluta das funções estatais não possui robustez para alcançar a sua finalidade em integralidade, sendo certo, pois, que os “órgãos legislativos deverão participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; (...) e, reciprocamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva poderão, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário” (TEIXEIRA, 1991, *apud* CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 154).

Assim, não haveria de se falar em “separação” de poderes sem considerar o processo de interpenetração de funções, uma vez que as transformações pelas quais passou o Estado conduziram a um compartilhamento de atribuições entre os poderes. Assim, uma teoria separatista não possuiria aptidão para assegurar a estrutura democrática do poder estatal, evidenciando, assim, uma ineficiência frente às exigências técnicas do Estado Contemporâneo (STRECK; MORAES, 2014, p. 125-126).

Nesse contexto, uma definição apriorística da dinâmica institucional a partir da concepção rígida da separação de poderes “antes bloqueia a compreensão e mesmo a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação” e termina por obscurecer o lugar e a função efetivos do Judiciário, do Executivo e do Legislativo (RODRIGUEZ, 2013, p. 186).

A teoria sugerida especialmente por Montesquieu, a despeito das críticas lançadas, deve ser revisitada à luz das novas formas de relacionamento entre os poderes. De acordo com Dirley da Cunha, a revisão da teoria contribui para o seu aperfeiçoamento diante das novas tendências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas ocorridas nos últimos tempos (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 154).

Isso porque, a separação de funções vista enquanto mecanismo de distribuição de atribuições diversas entre órgãos independentes, não pode ser tida como incomunicável, mas, sim, à luz da cooperação, harmonia e equilíbrio, sem linhas que demarquem uma separação intransponível entre os órgãos (BONAVIDES, 2000, p. 187). Para Lênio Streck (2014), José Luís (2014) e José Afonso da Silva (2013), seria preferível falar até mesmo em “colaboração” de poderes ante o exercício preponderante de algumas atribuições por outros órgãos.

Entendendo que se trataria, em verdade, de uma separação de funções - dada a estreita relação entre poder e função -, Dalmo Dallari afirma que o poder do Estado é uno e indivisível, havendo múltiplos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, sem que a unidade do poder seja quebrada por tal circunstância (DALLARI, 2011, p. 214). Para Daniel Oitaven, no mesmo sentido, estabelecida a premissa de que o poder é uno, quando se pensa em “separação estrutural” dos poderes, se está a dizer que existe, em verdade, uma distribuição dinâmica de funções, a qual, buscando inibir a prevalência de um dos três poderes sobre o outro, depende da sistemática dos freios e contrapesos (MIGUEL, 2012, p. 30).

A doutrina da separação dos poderes há de ser vista, portanto, enquanto técnica de arranjo da estrutura política que distribui funções entre órgãos de forma não exclusiva e permite o controle recíproco entre aqueles, tendo em vista a manutenção das garantias individuais (TAVARES, 2020, p. 1185). O ponto central, portanto, “é armar uma trama institucional que não admita o arbítrio, independentemente de qual desenho [institucional] se venha a adotar” (RODRIGUEZ, 2013, p. 185).

Mais do que replicar a fórmula da tripartição dos poderes, exsurge a necessidade de reavaliar a modelagem das instituições numa reflexão a respeito da insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes. As fronteiras antes intransponíveis entre os Poderes, além de ser pouco prática, é indesejável e desconsidera as funções híbridas e múltiplas das instituições.

Assim, sabendo, pois, que o Estado contemporâneo reclama por uma releitura da teoria da separação de poderes, dada a ampliação e interpenetração das funções do Estado, a seguir

será exposta a organização funcional dos poderes estatais e a relação desse padrão institucional com o sistema de freios e contrapesos, uma vez que a Constituição prevê ferramentas de contenção do poder pelo próprio poder, sem se afastar, contudo, da ideia primária proposta por Montesquieu.

2.3 A DIVISÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A divisão funcional da atividade estatal, além de um mecanismo de racionalização administrativa, serve como um elemento de garantia à manutenção democrática do poder político, devendo ser vista enquanto estratégia de desconcentração da autoridade nas mãos de uma única autoridade (STRECK; MORAES, 2014, p. 125). Em qualificada explanação, Hubner Mendes aponta a separação de poderes como:

[...] uma ferramenta institucional do estado de direito. Seu princípio supõe que a diluição das funções faz com que os poderes controlem-se reciprocamente. Ao evitar a concentração de forças num único polo, preserva a liberdade. Trata-se de um maquinário dotado de um mecanismo endógeno de limitação, não de uma norma exógena à qual os poderes prestam obediência. Não há uma substância normativa que os subordine (MENDES, 2011, p. 106).

Na Constituição Federal de 1988, a separação dos poderes é consagrada como princípio fundamental do Estado brasileiro, dada a sua elevada importância para a democracia constitucional e para o regime de liberdades públicas, sendo considerada como cláusula pétrea impassível de ser modificada mediante proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 1018).

Depreende-se do art. 2º, da CF/88, que os poderes da União - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário - são independentes e harmônicos entre si. O caráter harmônico entre os poderes é evidenciado “pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.” (SILVA, 2013, p. 112). O caráter da independência, por sua vez, garante que os poderes exerçam suas funções sem embaraços, embora não seja de todo absoluta. Em consonância, para Dirley da Cunha, a independência entre os órgãos não significa a exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 1020).

Há, porém, interferências recíprocas que buscam estabelecer um sistema de freios e contrapesos no intuito de assegurar o equilíbrio necessário à realização do bem comum, como também evitar o arbítrio de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados

(SILVA, 2013, p. 112). No mesmo sentido, Lênio Streck e José Luís entendem que o sistema de freios e contrapesos, enquanto consequência lógica da teoria da separação de poderes, traduz-se na “tentativa de se estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade” (STRECK; MORAES, 2004, p. 125).

A regularidade de atuação dos referidos poderes se dará, portanto, diante do reconhecimento da coexistência entre a harmonia e a independência, o que não implica no domínio de um pelo outro, tampouco na usurpação de atribuições, mas, sim, na verificação de que, entre eles, haverá gestão recíproca a fim de coibir eventuais excessos, seja no exercício de funções típicas, como atípicas⁶.

Como exemplos desse controle mútuo entres os poderes, temos a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público pelo Judiciário nas hipóteses de ofensa ao texto constitucional, o veto do Executivo aos projetos de leis aprovados pelo Legislativo nas hipóteses de flagrante inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público e, por fim, o poder que o Legislativo possui de fiscalizar os outros através de mecanismos legais de investigação.

Sabendo que os órgãos são centros instituídos por cada um dos poderes para expressar e desempenhar a vontade do Estado, a eles incumbe, portanto, o exercício de suas respectivas funções. Essa manifestação é expressão do “poder político”, representante da soberania do Estado, cuja supremacia estende-se sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (SILVA, 2013, p. 109). Daí porque, para o autor, o poder político, uno, indivisível e indelegável, se fraciona em múltiplas funções, o que permite falar em distinção das funções, que, fundamentalmente, são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e funções administrativas, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto

⁶ Sobre o significado das funções típicas e atípicas, de acordo com Dirley da Cunha (2013, p. 1020), “(...) na tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas” há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência.”

aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (SILVA, 2013, p. 110).

À luz do direito positivado, a Constituição Federal de 1988, em seu Título IV, projeta a organização dos poderes da União. O capítulo I, compreendendo os artigos 44 ao 75, é reservado ao Poder Legislativo; o capítulo II, abrangendo os artigos 76 ao 91, é atribuído ao Poder Executivo e o capítulo III, incluindo os artigos 92 ao 135, dispõe sobre o Poder Judiciário.

Sendo a Constituição o texto normativo responsável por distribuir competências aos poderes do Estado, no entender de Luís Roberto Barroso, o Legislativo e o Executivo receberiam competências essencialmente políticas, enquanto que ao Judiciário seriam reservadas atribuições fundamentalmente técnicas. Como nota o autor, “o Legislativo e Executivo são o espaço por excelência, do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias”, enquanto que os membros do Judiciário não são eleitos. A atribuição típica do Judiciário reside na aplicação do direito a situações de disputa entre partes para resolução da controvérsia, fazendo prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei (BARROSO, 2012, p. 16-17).

Delineada no texto constitucional, a organização e atribuições institucionais dos poderes confere também certo grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira para realização dos objetivos primordiais dos órgãos estatais, cujo desenho assegura o equilíbrio e a integração no desempenho de suas funções. Sucede, no entanto, que a Constituição, enquanto texto, “é um plano de voo que regula pouco a separação de poderes”, na medida em que os fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro que as instituições experienciam é que demarcam o seu terreno e alcançam seu equilíbrio (MENDES, 2011, p. 275).

Nesse sentido, com o intento de concretizar os objetivos constitucionais, a Carta Magna, então, firma um processo decisório ordenado, ao reproduzir os contornos legais da maioria das democracias contemporâneas, especialmente no que toca ao modelo de separação de poderes, cujo ajuste une “o Poder Legislativo representativo, burocracia técnica subordinada ao controle político da cúpula do Poder Executivo e Poder Judiciário com a função de realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade” (MENDES, 2008, p. 25).

Sucede que, como já abordado, a concepção originária da organização das funções estatais não se compatibiliza com os contornos do Estado democrático de direito da atualidade, dada a mudança estrutural nas competências institucionais, sobretudo aquelas atribuídas ao Poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2014, p. 160). Nessa mesma linha, de acordo com Gustavo Vital, o sistema de freios e contrapesos, inerente à separação dos poderes, demonstra

a disposição de que o poder de definição sobre a determinado assunto “não seja adjudicado a um único poder, mas sim dividido entre vários poderes, que devem interagir de forma contínua” (OLIVEIRA, 2010, p. 355).

Tendo a evolução da sociedade criado exigências outras que atingiram profundamente o Estado, sua esfera de atuação foi ampliada e intensificada para participar mais ativamente de demandas surgidas no seio social, surgindo, pois, a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. Acrescenta Dalmo Dallari, por exemplo, que o Legislativo não tem suporte para criar regras gerais sem o conhecimento do que está sendo feito pelo Executivo ou sem saber de quais meios este dispõe para atuar e ainda, o Executivo “não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes” (DALLARI, 2011, p. 219).

É possível afirmar, então, que no atual panorama, as novas formas de relacionamento entre os poderes, decorrentes do compartilhamento das suas atribuições funcionais, têm ocasionado uma acentuada alteração no grau de independência e, ao mesmo tempo, interpenetração, notadamente na relação entre o Legislativo e o Judiciário, objeto deste trabalho. Em arremate, como bem aponta Dirley da Cunha,

É dado da realidade, outrossim, que a considerável transformação do Estado no contexto social conduz inevitavelmente à superação de sua tradicional função de “proteção” e “repressão”, reduzida à solução dos chamados conflitos privados (civis ou penais), de modo que ele não pode mais ser concebido como um simples *gendarme* ou *night watchman*. O novo Estado – o *État providence* dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade moderna, de natureza essencialmente promocional, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. E é óbvio que, como acentua CAPPELLETTI, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, o Judiciário, como órgão desse novel Estado Social, tem destacado e importantíssimo papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, “um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 158).

Assim, com o intento de demonstrar o relacionamento institucional entre o Legislativo e o Judiciário, à luz do novo paradigma de Estado social e democrático, será abordado inicialmente e de modo breve, os aspectos envolvendo a jurisdição constitucional e os motivos da expansão das suas atividades. Isso porque, a despeito da Constituição prever casos em que os Poderes exercerão funções atípicas, em observância à separação dos poderes e a teoria dos freios e contrapesos, observa-se uma tendência de alargamento da atuação do Judiciário, decorrente do arranjo constitucional hodierno.

2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: BREVES APONTAMENTOS

É fato que o arranjo institucional contemporâneo é diferente do projetado por Montesquieu. O pensador francês, em sua teoria clássica, demonstrou preocupação com o resguardo da liberdade dos indivíduos e idealizou um sistema de repartição de funções estatais como forma de garanti-la. No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um certo desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos de outrora. As mudanças históricas, sociais, políticas e legais foram responsáveis por atribuir maior ênfase e destaque ao Judiciário, razão pela qual o tópico a seguir se debruçará sobre essa nova forma de atuação dos órgãos judicantes. Vale dizer que, à vista da delimitação do problema deste trabalho, não será dado enfoque às eventuais relações institucionais entre o Executivo e o Judiciário ou entre aquele e o Legislativo, nada obstante reconheça-se a existência de controle mútuo no desempenho das suas funções. Como cediço, as ferramentas de equilíbrio e controle, resultantes da teoria de pesos e contrapesos, aplicam-se também às relações entre Executivo e os demais poderes.

2.4.1 O sistema judicial e o controle de constitucionalidade brasileiro

Qualquer ordenamento jurídico estabelece mecanismos internos por meio dos quais previnem eventuais conflitos entre suas normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso ocorre em razão da necessidade de o intérprete da norma, antes de aplicá-la ao caso concreto, averiguar se determinada pretensão jurídica se funda em uma norma - lei ou ato normativo - constitucional. Caso não identificada a adequação entre a norma questionada e o texto constitucional, a pretensão jurídica não possuirá suporte de juridicidade.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a supremacia e a rigidez constitucionais são os dois requisitos tidos como essenciais ao controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos. A supremacia da Constituição denota a existência de uma hierarquia entre as normas que compõem o ordenamento jurídico, de modo que a desconformidade daquelas com o texto constitucional - que goza de nível hierárquico superior - conduziria à sua exclusão ordenamento. Já a rigidez constitucional⁷ representa a forma mais complexa e solene de

⁷ Da referida rigidez manifesta-se o princípio da supremacia da constituição que, nos ensinamentos de José Afonso da Silva, significa a inserção da Constituição “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas” (SILVA, 2005, p. 45).

modificação do texto constitucional em relação às normas infraconstitucionais, à vista do seu status de paradigma de validade de outros atos normativos (BARROSO, 2012, p. 19).

No Brasil, em razão da coexistência dos modelos difuso e concentrado, todos os órgãos do Judiciário exercem a jurisdição constitucional e dispõem de competência para zelar pela supremacia da Constituição. A impugnação das leis e atos normativos contrários à Constituição pode ocorrer de duas formas: tanto pela via incidental, enquanto questão prejudicial nos casos concretos submetidos à apreciação judicial, quanto pela via abstrata, em ações constitucionais especialmente criadas para esse fim (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 32).

A interpretação e aplicação da Constituição pelos órgãos judiciais trata-se de exercício da jurisdição constitucional, a qual é vista sob um duplo aspecto: a primeira, diz respeito a aplicação direta da Constituição às situações contempladas no seu texto, a exemplo do reconhecimento da competência de determinado ente federativo ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; já a segunda, por sua vez, compreende a aplicação indireta da Constituição, consubstanciada na utilização desta como referência para aferir a validade de uma norma infraconstitucional ou para atribuir a ela o melhor sentido, como ocorre na interpretação conforme a Constituição (BARROSO, 2012, p. 252)⁸.

Cumprido ao Judiciário, portanto, garantir que as leis sejam aplicadas de forma adequada e substancial na tutela dos direitos dos cidadãos. E foi a Constituição Federal de 1988 que, além de ampliar as competências da Suprema Corte, conferiu autonomia institucional, administrativa e financeira ao Judiciário, desconhecidas nos textos constitucionais de outrora. Daí porque é possível afirmar que as garantias postas à disposição do Judiciário e dos seus membros destinaram-se a “emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 975), com o fito de evitar possíveis influências externas.

A propósito, com intento de resguardar a harmonia com outros poderes, o Judiciário encontra-se, desde a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, sujeito ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Isso porque, se os poderes constituídos se prestam a concretizar o bom desenvolvimento das funções de Estado, a transparência, a liberdade e o equilíbrio se tornam pedra de toque desse plexo de funções, razão pela qual

⁸ Daí porque as locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não podem ser entendidas como sinônimas, “(...) embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie” (BARROSO, 2012, p. 20).

nenhum poder sai ileso do controle social, sob pena incorrer em eventuais abusos e exorbitar seus limites.

No que toca especificamente à Suprema Corte⁹, houve discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional a quem competiria, fundamentalmente, exercer o controle de constitucionalidade, o que fez com que o STF não apenas mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como também adquirisse novas e significativas atribuições (MENDES; BRANCO, 2012, p. 990). No mesmo sentido Lênio Streck e José Moraes, para quem “a atuação jurisdicional acabou sendo redimensionada, o que se tornou ainda mais evidente nos países da América Latina, que tiveram a realização dos direitos sociais previstos em suas constituições prejudicada pela eclosão de regimes ditatoriais” (STRECK; MORAES, 2004, p. 126-127).

Essa transformação no perfil da atuação do Judiciário vem sendo verificada desde a promulgação do texto constitucional de 1988¹⁰, simbolizando uma fase de intensa modificação na forma como foi concebido o exercício da jurisdição constitucional. Somada à ampliação de direitos constitucionalmente garantidos¹¹ pela, a paulatina concentração de poderes¹² na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, contribuiu

⁹ Para Fábio Perianro, em artigo no qual discute a crise atravessada pelo Supremo Tribunal Federal relativa ao Número elevado de ações que por ele tramitam, entende que “o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) não é uma Corte Constitucional, mas sim um Tribunal da Federação. Já defendemos que ele é, em verdade, uma Corte Suprema Híbrida, pois tem competências constitucionalmente postas tanto de controle abstrato das normas quanto da reapreciação de recursos de superposição” (HIRSCH, 2011, p. 112).

¹⁰ Oscar Vilhena destaca que a Constituição promulgada em 1988 “transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador” (VIEIRA, 2008, p. 445).

¹¹ Nesse ponto, cirúrgica é a crítica feita por Roberto Gargarella, em artigo sobre o constitucionalismo latino-americano, para quem “muitos desses processos de reformas são dirigidas ao avanço dos interesses dos menos avantajados, ao menos em teoria. (...) Contudo, também parece claro que essas reformas foram, no melhor dos casos, limitadas em seu escopo e em suas conquistas. Uma das principais razões que explica essa conclusão é o fato de que os reformadores pareceram concentrar suas energias na seção dos direitos, sem levar em conta o impacto que a organização do poder tende a ter sobre aqueles mesmos direitos que então estava (extra) protegidos.” (GARGARELLA, 2014, p. 177/179). Para o autor, tais reformas foram tímidas, dado que não alcançaram a “sala de máquinas” da Constituição, sendo preservado, no entanto, a organização de poderes arranjada num modelo do século XIX de concentração de autoridades.

¹² Vale dizer que Oscar Vilhena aponta a existência de duas correntes que tentam justificar o porquê da expansão das atividades do Judiciário nos últimos tempos: “Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica” (VIEIRA, 2008, p. 442). Uma segunda corrente “enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon.” (VIEIRA, 2008, p. 443).

para a evidente mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil (VIEIRA, 2008, p. 444).

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 159), embora o Judiciário tenha sido projetado originariamente como órgão responsável pela mera revelação do conteúdo¹³ da norma positivada, após a Segunda Guerra Mundial, na grande maioria das democracias ocidentais, ele foi elevado a instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público, sendo, pois, encarado como importante interveniente do processo democrático.

Tanto assim o é que Virgílio da Silva defende ser o controle de constitucionalidade uma “parte do jogo democrático”, não sendo apenas um mero procedimento judicial no qual se declara a constitucionalidade ou não de determinada norma, alertando que o debate sobre a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal é urgente sob o ponto de vista do aprimoramento da interação entre os ministros e das possibilidades de diálogo institucional (SILVA, 2009, p.221). Desse modo, uma abordagem completa sobre o controle de constitucionalidade deve se preocupar com a “relação entre os poderes Executivo e Legislativo, de um lado, como fontes produtoras de normas jurídicas, e o Judiciário, de outro, detentor da competência para controlar a validade formal e substantiva de tais normas” (MENDES, 2008, p. 21).

Nesse sentido, Dirley da Cunha entende que o reconhecimento da jurisdição constitucional, sobretudo no cenário de crise do sistema representativo, representa um remédio eficaz e capaz de proteger, através do controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais, as minorias, o sistema democrático e toda a Constituição. Para o autor, não representaria exagero associar a jurisdição constitucional, enquanto instrumento de controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público à própria lógica da soberania popular (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 46).

Por iguais razões, José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 162), citando o jurista Antoine Garapon, demonstra que o Judiciário passa a ser visualizado enquanto “instância de resgate dos ideais de justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa

¹³ Nada obstante, do ponto de vista da teoria jurídica “tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos.” (BARROSO, 2012, p. 21).

o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos”. De acordo com Garapon, conforme citado por José dos Santos Carvalho Filho, “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas” (GARAPON, 1999, *apud* CARVALHO FILHO, 2014, p. 162).

A expansão da jurisdição constitucional, à primeira vista, é positiva, uma vez que o Judiciário ascende ao nível dos outros Poderes para assumir a posição de “terceiro gigante” – ao lado do Legislativo e do Executivo –, o que, em linha de princípio, colabora com o aperfeiçoamento da democracia, dada a sua independência e capacidade de resistir a escolhas da maioria que violem a Constituição (CARVALHO FILHO, 2014, p. 162).

Nada obstante as considerações sobre a relevância do Judiciário na preservação do ideal democrático, há quem entenda que a tendência de deslocamento deste para o centro do arranjo político, ao revés, prejudicaria as bases democráticas sobre as quais se assenta o Estado brasileiro, à vista do que se convencionou chamar de dificuldade contramajoritária¹⁴.

2.4.2 A expansão da jurisdição constitucional: do ativismo judicial à autocontenção

Para além da necessidade de se revisitar a teoria clássica de separação dos poderes formulada por Montesquieu, merece destaque a análise das nuances de atuação do Judiciário na contemporaneidade, mormente porque a visão do filósofo acerca do Judiciário demonstrava que este seria um poder praticamente nulo e limitado tão somente à aplicação da lei aos casos concretos.

A partir do século XX, o fenômeno denominado constitucionalismo¹⁵ acarretou mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Com a transição do Estado de Direito – calcado na supremacia da lei, da estrita separação dos poderes e da definição de direitos

¹⁴ Ensina Barroso que a Suprema Corte desempenha, além do papel representativo, o contramajoritário. “O primeiro (papel) é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário.” (p. 481-482). 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”. (BARROSO, 2020, p. 491).

¹⁵ O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. De acordo com Luís Roberto Barroso, “nele se condensam algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância e – quem sabe? – até felicidade.” (BARROSO, 2020, p. 563).

fundamentais como direitos subjetivos - para o Estado Constitucional de Direito - caracterizado pelos novos paradigmas da supremacia da Constituição, da interdependência dos poderes e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais -, observa-se uma transferência de maiores poderes para a esfera judicial, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, o Legislativo e o Executivo.

Tanto os juízes como as Cortes constitucionais passaram a ser solicitados a dirimir relevantes e polêmicas questões diante da uma confluência de fatores, tais quais: a importância atribuída ao texto constitucional analítico e ambicioso; a facilidade de acesso à justiça com a multiplicação de ações que chegam ao STF¹⁶; a essencialidade do Judiciário na promoção de direitos e de resolução de conflitos; a crise de representatividade do Legislativo; e, por fim, a atribuição de amplos poderes¹⁷ de guardião e intérprete da Constituição ao Judiciário.

Nesse contexto de expansão do Poder Judiciário, dois fenômenos devem ser discutidos: a judicialização e o ativismo judicial. Embora distintos no campo teórico, o ativismo e a judicialização são fenômenos imbricados, sendo tênues os limites entre a opção do constituinte e a atuação expansiva do Poder Judiciário (FERREIRA, 2014, p. 63).

Vanice Regina Lírio do Valle (2013), citada por Clarissa Tassinari (2013, p. 18), indica que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu foram fatores que contribuíram para a judicialização do sistema político brasileiro.

De acordo com Barroso (2020, p. 448), a judicialização decorre do modelo de constitucionalização abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade vigente, sendo três as causas justificadoras da judicialização: o significativo reconhecimento de um Judiciário

16 Oscar Vilhena em artigo dedicado à análise da atuação do Supremo, expõe que “Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos.” No seu entender, o evidente crescimento seria “resultado da ampliação de temas entrancheados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário” (VIEIRA, 2008, p. 447).

17 Arremata Oscar Vilhena que “A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância”. (VIEIRA, 2008, p. 447).

forte e independente; a desilusão com a política majoritária e a preferência e confiança dos atores políticos no Judiciário na deliberação sobre questões polêmicas.

Na Colômbia, de acordo com Rodrigo Uprimny (2007, p. 50), as hipóteses de judicialização da política envolveram a luta contra a corrupção; a tentativa de conter os abusos das autoridades governamentais; a proteção das minorias, das populações estigmatizadas ou daqueles em situação de fraqueza política e a interferência com políticas econômicas.

No Brasil, Oscar Vilhena cunhou a expressão “supremocracia” para representar a singularidade do arranjo institucional brasileiro, a qual possui duplo sentido: vista enquanto a autoridade recentemente adquirida pelo STF, assim como a expressão da expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008, p. 444-445). O mencionado autor não atribui sentido negativo ou positivo para a expressão, muito embora aponte que, a despeito da grande fortaleza que Supremo se tornou nas últimas décadas - ante a liberdade com que delibera sobre matérias polêmicas -, emerge um sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder às expectativas sobre ele colocadas (VIEIRA, 2008, p. 457).

A judicialização da política representaria, então, uma constatação decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário (BARROSO, 2020, p. 450). Apresentada como uma questão social, a dimensão do fenômeno não depende de uma escolha do órgão julgante; ao contrário, deriva de uma série de fatores - estranhos à ideia inicial de jurisdição -, que assentam como marco inicial a explosão do reconhecimento de direitos, perpassam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no crescimento de litígios (TASSINARI, 2013, p. 19-20). A constatação de sua ocorrência é, então, produto do contexto jurídico no qual estão inseridos os três poderes estatais.

Nesse sentido, diante das afrontas ao texto constitucional pelos legisladores ou das transformações ocorridas no seio social, o Judiciário deixa de ser um poder inerte e passa a ser entendido como um poder reativo. Sucede que, em observância ao sistema de freios e contrapesos e da separação de poderes, não caberia aos órgãos judicantes intervirem em problemas políticos postos ao exame do legislador, sob pena de exorbitarem os limites de suas competências constitucionalmente definidas. Ao adotar uma postura específica e proativa na interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, visualiza-se um ativismo judicial, isto é, os órgãos judicantes, ao fazerem uma escolha política, revestem-se de supremacia e absorvem competências que não lhes foram asseguradas pelo texto constitucional.

Elival da Silva Ramos (2010) citado por Clarissa Tassinari (2013, p. 21), identifica que a problemática envolvendo o ativismo decorreria de três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito. Luís Roberto Barroso, por sua vez, aponta que a ideia de ativismo judicial se associa a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2020, p. 451). Para o autor, na maioria das situações, haveria mera ocupação de espaços vazios, sem qualquer embate entre os poderes, nas quais os julgadores afastam-se da sua função típica de aplicação do direito e passam a criar o próprio direito.

Nesta senda, à vista da constatação da postura expansionista do Judiciário, não se pretende apontar quais seriam os limites ou possibilidades de atuação desse poder, sobretudo porque a questão é ainda nebulosa, dada a ausência de uma teoria que a embase. O que se pretende é demonstrar indícios da tensão institucional que desponta entre o Legislativo e o Judiciário, com vistas a sugerir meios colaborativos que privilegiem uma atuação dialógica no exercício das funções institucionais do Estado, notadamente porque parece não haver dúvidas sobre a existência um aparente conflito entre a expansão da jurisdição constitucional e o ideal democrático na definição do sentido e do alcance da Constituição.

Dentre as objeções à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos, Barroso (2020, p. 453-454) identifica três pontos de crítica: de caráter político-ideológico¹⁸; quanto à capacidade institucional¹⁹ e quanto à limitação do debate²⁰. Para o autor, tais críticas, no entanto, não invalidam a importância da função desempenhada pelos juízes e tribunais nas democracias modernas.

Acresça-se, ainda, argumento conhecido pela maioria dos estudiosos, sobretudo da ciência política, acerca da ilegitimidade democrática dos Tribunais, cujos magistrados são investidos em seus cargos sem o apoio popular. Para Francisco Lima, aliás, a ilegitimidade do STF é representada por três segmentos: pela forma de ingresso dos seus membros na carreira,

18 As críticas de natureza política acabam por questionar legitimidade democrática e a suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais do Judiciário. As críticas de cunho ideológico apontam o Judiciário como uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade (BARROSO, 2020, p. 453).

19 A capacidade institucional refere-se a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, uma vez que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado pela falta de conhecimento específico. (BARROSO, 2020, p. 453-454).

20 Traduz-se na “elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem ou não têm acesso aos *locus* de discussão jurídica” (BARROSO, 2020, p. 454).

na ausência de mecanismos de fiscalização da Corte pelos agentes sociais e pela concretização de uma jurisdição constitucional tipicamente afastada da população (LIMA, 2009, p. 117).

A dificuldade relativa à legitimidade democrática da *judicial review* não representa novidade nem mesmo para as Cortes, já que conhecida e debatida pela doutrina constitucional. Tanto o é que o Min. relator Luiz Fux, no julgamento da ADI nº 5.150/DF, admite que a questão decorre do fato de os juízes não estarem sujeitos ao sufrágio e “poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais vagas e abertas, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas”²¹.

Tendo investigado as consequências do fenômeno, José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 171-175) apresenta três meios de equalização do exercício das funções institucionais dos poderes públicos, quais sejam: autocontenção judicial tanto em relação ao objeto do controle de constitucionalidade, a fim de evitar deliberar sobre matérias politicamente controvertidas, quanto ao produto da jurisdição constitucional, de modo que o Judiciário não se justaponha ao legislador na criação de conteúdo não previsto na lei; a assunção da inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos, com o reconhecimento de que a atividade hermenêutica tem como ponto de partida o texto da norma e qualquer orientação em sentido contrário estaria desprovida de legitimidade; e a adoção do modelo dialógico, consubstanciado no diálogo institucional permanente entre Judiciário e o Legislativo.

Compreende-se que quando os juízes e tribunais, ao deliberarem sobre questões sensíveis, interferem na vontade dos demais agentes públicos eleitos para exercer funções legiferantes - numa espécie de politização da justiça -, há uma troca “da racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes” (BARROSO, 2012, p. 13). Nada obstante, verifica-se uma tendência do Judiciário em ocupar vazios deixados pelos demais poderes.

A crítica à supremacia judicial, nesse sentido, permite analisar e demonstrar aos juristas “como se pode e deve conhecer os limites do Direito, da sua atuação jurisdicional, e, assim, melhorar justamente o desempenho do nosso papel no cumprimento das promessas

²¹ E sugere o Ministro, em seguida, que “À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões (i.e., atribuindo importância maior a qualquer desses ideais), os tribunais podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsáveis à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes cancelar o advento de um despotismo das maiorias, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental” (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015).

constitucionais” (GODOY, 2015, p. 102). Vale dizer, aliás, que não se está aqui a fazer a crítica pela crítica na defesa da supremacia do Legislativo ou do Judiciário, muito menos encará-los como melhores intérpretes do texto constitucional, mas encontrar um ponto de equilíbrio entre ambos.

3. DAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL

Como já abordado, a própria Constituição estabelece pontos de confluência entre as atividades desempenhadas pelos Judiciário, Legislativo e Executivo, de modo que o próprio desenho constitucional institucionaliza um modelo propulsor do diálogo entre as instituições. Dessa forma, este capítulo se propõe a analisar algumas das relações travadas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, a fim de identificar, através do texto constitucional e da jurisprudência, a existência de diálogos entre esses órgãos.

Serão, portanto, apresentados alguns mecanismos de intersecção institucional visualizados, especialmente, no exercício jurisdicional, através dos quais se possibilita um compartilhamento na definição da melhor interpretação constitucional pelos referidos poderes, sem que isso represente uma ofensa à teoria da separação de poderes ou ao sistema de freios e contrapesos.

Ao fim, será destacada a relação entre o Legislativo e o Judiciário na definição do sentido constitucional, especialmente na hipótese de alteração de jurisprudência firmada pelo STF no controle de constitucionalidade pela via legislativa, seja através de lei ordinária ou por emenda constitucional.

3.1 MEIOS POSITIVADOS DE INTERAÇÃO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO

Vislumbrada a inevitável interconexão entre as funções estatais, evidente que, no modo de relacionamento entre os poderes, estes devem obediência à autonomia e independência que lhes são típicas. Ao contrário do que o vocábulo “separação” dos poderes pode sugerir, é de se ressaltar que, nas suas relações interinstitucionais, essas autoridades não agem isoladamente. Quando a colaboração e o debate são privilegiados nessas interações, o risco do surgimento de crise ou tensão é mínimo. Ainda, quanto aos exemplos abaixo elencados, é importante esclarecer que eles foram escolhidos, por razões didáticas e metodológicas, em razão da repercussão político-jurídica deles decorrente.

3.1.1 O silêncio do legislador e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CRFB/88)

Antes mesmo da convocação e do início dos trabalhos da Assembleia Constituinte da Constituição Federal de 1988, a problemática envolvendo as omissões legislativas foi amplamente discutida pela doutrina e os círculos políticos da época. Daquele debate surgiram dois remédios jurídicos diversos para enfrentar a questão: o mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88 e a ação de inconstitucionalidade por omissão, estampada no art. 103, § 2º, da CF/88 (BARROSO, 2020, p. 220). Nesse tópico apenas será explorado o conceito, características e controvérsias envolvendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visto que a pretensão é analisar a relação institucional entre o STF e o Congresso Nacional.

A preocupação da Constituinte com o fenômeno da omissão legislativa advém do entendimento de que a força do texto constitucional depende da densificação das normas constitucionais. E isso somente é viabilizado com a atribuição de eficácia plena às normas constitucionais que dependem de complementação infraconstitucional, considerando que uma Constituição garantidora de direitos fundamentais perde o seu vigor diante da falta de atuação do legislador (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1.325).

Nesse sentido, Dirley da Cunha entende que a referida ação constitucional deve ser entendida como um instrumento efetivo no controle concentrado principal das omissões do poder público - notadamente aquele ao qual se atribui caráter legiferante -, destinado a suprir, em sede abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em déficit na realização das imposições constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 228). A Constituição Federal de 1988, ao prever ação específica destinada a combater a inércia do legislativo, abandona velhos paradigmas e avança no constitucionalismo contemporâneo, “agigantando-se no combate contra a inércia indigna dos poderes constituídos, servindo-se, para esse fim, de um aparato fiscalizatório e de um sistema institucionalizado forte e legitimado” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 246).

Vale dizer que não é toda e qualquer inércia que redundará na inconstitucionalidade da omissão. A abstenção do legislador será ilegítima e omissa apenas nos casos em que a Constituição atribuir ao órgão legiferante o dever de criar norma que regule determinado preceito constitucional. De acordo com Alexandre de Moraes, as hipóteses de ajuizamento da ação decorrem da omissão relacionada às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo nas quais a Constituição atribui ao Legislador a

obrigação de expedi-las (MORAES, 2018, p. 1.041). Daí porque não há de se confundir “omissão legislativa” e “opção legislativa”, já que essa última representa legítima discricionariedade do Congresso Nacional no exercício de sua função legiferante.

No que diz respeito às suas características, o processo de controle abstrato das omissões possui como objetivo primordial a defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Assim, não visa proteger situações individuais ou solucionar controvérsia entre partes em litígio e sempre pressuporá a inobservância de um dever constitucional de legislar resultante de comandos explícitos da Carta Magna (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1091-1096).

São impugnáveis, assim, a inércia ilegítima, parcial ou total, dos órgãos legislativos e administrativos em editar os atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade, como também as omissões na edição de atos normativos secundários, como regulamentos de competência do Executivo, e, até mesmo, dos órgãos do judiciário (BARROSO, 2012, p. 167).

A regulamentação do procedimento, da admissibilidade, do cabimento de medida cautelar e o caráter da decisão em sede de ADO, somente ocorreu em 2009, quando promulgada a Lei 12.06/2009, que inseriu os artigos 12-A a 12-H na Lei 9.868/1999. De acordo com o art. 12-A, da Lei 9.868/1999, “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”, que são os legitimados ativos previstos no art. 103, da Constituição Federal de 1988. Quanto à legitimidade passiva, esta recairá sobre os órgãos ou as autoridades responsáveis pela elaboração da medida necessária para tomar efetiva norma constitucional.

Declarada a inconstitucionalidade por omissão pelo STF, órgão competente para julgamento da ação, pela ausência de medida legal que dê aplicabilidade à norma constitucional, deverá ser dada ciência ao poder ou órgão competente a quem caberá: na hipótese de ser o órgão administrativo omissor, este adotar providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado de modo circunstancial e excepcional; sendo o legislativo omissor, a ele será dada ciência para adoção das providências necessárias, sem estabelecer prazo.

Nessa última hipótese, o Legislativo não pode ser compelido a editar a norma, uma vez que possui discricionariedade em legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, sob pena de afronta à separação dos poderes. Diante da ausência de fixação de prazo para a adoção de tais providências, não haverá responsabilização dos órgãos legislativos; no entanto,

quando fixada judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, haverá espaço para a responsabilização do Legislativo por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público (MORAES, 2018, p. 1043).

Na concepção de Gilmar Mendes e Paulo Branco, tal decisão determina ao legislador a colmatação daquela lacuna e produz, em alguma medida, alterações na ordem jurídica, considerando que a sentença prolatada, de caráter mandamental, impõe ao legislador em mora o dever de, durante prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1106).

Todas essas considerações caminham no sentido de que a concretização dos princípios constitucionais e a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 carecem, nas linhas essenciais, de lei (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1094). É de se afirmar, portanto, que o aperfeiçoamento do Estado democrático, dos direitos e liberdades fundamentais exigem do legislador uma atuação direcionada a evitar ou, até mesmo, eliminar eventual estado de inconstitucionalidade.

Assim, na hipótese de o Legislativo ou o Executivo revelarem-se omissos na empreitada de garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, violando os seus deveres constitucionais, caberá a intervenção do Judiciário, como o “terceiro gigante” no controle das omissões do poder público (CUNHA JÚNIOR 2016, p. 160).

Sucedem que, nessa toada, sobrevém problemática correlata ao constitucionalismo contemporâneo. Para Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, restaria saber se a jurisdição deve se submeter ao entendimento de que a decisão, em sede de ADO, pode apenas declarar a omissão inconstitucional ou, ir além, e levar em consideração que a tutela da Constituição não pode ser deixada ao alvedrio do legislativo, “sob pena de se ter, em vez deste submetido à Constituição, essa na dependência da “boa vontade” do legislador” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1327).

Na concepção dos autores, a decisão que apenas declara a mora não seria adequada à luz da efetividade do processo e da tutela da ordem constitucional, considerando que a omissão contumaz do órgão responsável pela edição de certa norma, deixaria ao abandono a aplicabilidade das normas constitucionais, mormente porque a mera comunicação do dever de editar a norma não possui aptidão para sancionar o órgão legiferante pela sua inércia. Tanto assim o é que, diante da ausência de proteção de direito fundamental por parte do legislador, sugerem os autores que o Judiciário estaria obrigado a analisar e elaborar a norma necessária à

proteção do direito fundamental, uma vez que o referido poder “não apenas estaria sem qualquer poder para tutelar os direitos fundamentais, como a própria Constituição não contaria com mecanismos processuais capazes de lhe garantir a devida força normativa”. (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1.335-1.341).

Inclusive, para Barroso, a literalidade do § 2º do art. 103, da CF/88 e a problemática envolvendo a concepção de que o STF vem assumido feições de legislador positivo, tem transformado a referida ação num remédio jurídico de baixa eficácia e de uso limitado. Para o autor, “a reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional”. (BARROSO, 2012, p. 172)

E é justamente na tentativa de compatibilizar o princípio da supremacia da Constituição com a ideia de que esta pode vir a se tornar uma “folha de papel”²² ante a inércia legislativa, que, na hipótese de não cumprimento do comando judicial no prazo e a declaração judicial da omissão não surtir efeito, seria dado ao Judiciário “fazer surgir” a norma nos casos em que existe norma legal para situação idêntica, já que a ele cabe dar efetividade à Constituição, evitando-se a desintegração da ordem constitucional (SARLET, MARINONI MITIDIERO, 2018, p. 1341-1343).

Vale destacar, no entanto, que não é dado ao STF criar norma judicial que ultrapasse o necessário à tutela constitucional. Ao criar a norma, deverá ser estabelecido o lapso temporal de eficácia da referida norma até que se dê o pronunciamento do legislador. Assim, sem malferir o princípio da separação dos poderes e sem assumir feições de órgão legiferante por natureza, o Judiciário estaria atuando para suprir a omissão sem descuidar da sua providência para com o texto constitucional.

Na mesma linha de raciocínio, mas com maior parcimônia, Luís Roberto Barroso entende que a juridicização plena da política não é a melhor das escolhas, considerando que os agentes públicos eleitos é que possuem legitimidade para conduzir o debate relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional, dada a relevância do processo majoritário de tomada de decisão. Nada obstante, adverte o autor, quando a inefetividade é desregrada e frustra a supremacia da Constituição, competiria ao Judiciário remediar a carência de legitimidade democrática da atuação do Legislativo (BARROSO, 2012, p. 163).

²² A expressão foi cunhada por Ferdinand Lassalle na obra “A Essência da Constituição”, referindo-se à Constituição escrita, diferente da Constituição real e efetiva integrada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade.

Dirley da Cunha sugere, então, um “efeito de solução” através da atuação supletiva do Judiciário na solução do problema da inefetividade das normas constitucionais. De acordo com o autor, quando expirado o prazo fixado pelo Judiciário sem que seja tomada providência pelo Legislativo, cumprirá àquele dispor normativamente sobre a matéria afeta à norma constitucional não regulamentada por este, através de decisão de caráter provisório, de efeitos gerais e que prevalecerá enquanto não for realizada medida pelo poder público omissivo. Na sua compreensão, tal consequência não vulnera o princípio da divisão de funções estatais, e contribui para a compatibilização do princípio da autonomia do legislador e da prevalência da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 250).

Em sentido oposto, Uadi Lammêgo entende que, à luz sistemática da Constituição Federal de 1988 e do princípio da separação de poderes, o máximo que o STF poderia fazer, em sede de ADO, é comunicar o Legislativo a necessidade de feitura de lei para sanar a sua inaplicabilidade²³. No seu entender, não seria dado ao Judiciário “arvorar-se em legislador positivo, editando norma geral para suprir omissões inconstitucionais, como se fosse o próprio Legislativo”, uma vez que, em virtude dos óbices constitucionalmente previstos, não haveria de ser interpretado de modo aberto e construtivo o §2º do art. 103, da CF/88, do contrário, estaria afrontando a cláusula da separação de poderes. Sugere, portanto, o autor, que norma constitucional expressa dotasse de eficácia normativa a sentença que reconhece a inércia legiferante, dessa forma, enquanto perdurasse a omissão, o Judiciário disciplinaria, de modo temporário, a matéria, sem que os Ministros do STF fossem transformados em legisladores. (BULOS, 2015, p. 341-342).

É possível afirmar, por fim, que a ação de inconstitucionalidade por omissão é um remédio, ainda que sem poder coercitivo, para enfrentar as inércias legislativas (STRECK, 2018, p. 565). Nesse passo, a questão da inércia inconstitucional encara dificuldades decorrentes do esforço em conciliar o princípio da supremacia da Constituição e da separação de Poderes. Por isso mesmo, a eficácia dos meios jurídicos específicos de controle das omissões inconstitucionais do poder público depende de uma gestão compartilhada dos poderes públicos - em especial o Judiciário e o Legislativo -, exigindo, pois, um novo olhar sob a dinâmica da relação entre os poderes constituídos, com vistas à realização constitucional e em respeito à vontade do Poder Constituinte (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 250).

²³ Nesse mesmo sentido, Pedro Lenza, para quem, “em respeito ao princípio da tripartição dos poderes, insculpido no art. 2º, da CF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). (LENZA, 2020, p. 294).

Assim, longe de considerar que o fenômeno ora apresentado representa alguma ameaça ao equilíbrio entre os Poderes, entende-se que a atuação do Judiciário na integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, possui o condão de efetivar as normas constitucionais pendentes de regulamentação exatamente por não terem sido regulamentadas, apontando para ocorrência de diálogo institucional.

3.1.2 Suspensão de lei declarada inconstitucional (art. 52, X, da CRFB/88)

O Supremo Tribunal Federal, no controle concreto de constitucionalidade pela via difusa, poderá, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, conforme prevê o art. 97, da CF/88. Nesse caso, a Corte deverá comunicar tal decisão ao Senado Federal, para que este suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva, através de resolução com efeito *ex nunc*, conforme art. 52, X, da CF/88, em consonância com os artigos 176 e 177, do atual regimento interno do STF.

Tal procedimento, instituído apenas na Constituição de 1934, possui o condão de ampliar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, uma vez que, no controle pela via difusa, os efeitos da decisão apenas operam entre as partes. Dessa forma, o mecanismo possui dupla finalidade²⁴: a primeira é a de dotar de caráter geral as declarações do STF realizadas nos julgamentos de casos concretos, evitando-se que ficassem restritas às partes do processo em que proferida; a segunda, por sua vez, é a de suspender os efeitos da lei viciada, prezando-se pela segurança jurídica.

No que se refere à natureza jurídica dessa atribuição, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não possui a obrigação de editar a resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade foi declarada *in concreto* pela Suprema Corte, razão pela qual o ato é considerado como discricionário e classificado enquanto deliberação essencialmente política com efeitos normativos (MORAES, 2018, p. 988). Disso se depreende que a previsão constitucional de comunicação ao Senado Federal, prevista no art.

24 Além dessas duas finalidades, outra razão comumente utilizada para atribuir ao Senado Federal o poder de suspender a execução da lei “foi encontrada numa visão já superada do princípio da separação dos poderes. Entendia-se que a suspensão da eficácia da norma em caráter geral deveria depender da manifestação do poder incumbido de criar as leis e não apenas do Poder Judiciário” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1132).

52, X, da CF/88, não representa nenhuma garantia de que a decisão proferida em controle incidental terá eficácia contra todos ou será observada pelos demais órgãos judiciários.

Tal função política exercida pelo Senado Federal engloba os atos estaduais e municipais, não se restringindo apenas às leis ou aos decretos, como pode fazer crer a dicção do art. 52, X, da CRFB/88, de modo que são contempladas as várias modalidades normativas. Ressaltam Gilmar Mendes e Paulo Branco que o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, mesmo porque não possui competência para tanto, como também não está obrigado a expedir o referido ato de suspensão, de modo que eventual omissão não pode ser entendida como infração a princípio de ordem constitucional (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1036).

Ensina Luís Roberto Barroso que, com o estabelecimento da ação genérica de inconstitucionalidade pela EC nº 16/65, bem como diante das balizas da ADI, a competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um anacronismo. A decisão do plenário, seja em controle incidental ou principal, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos, de modo que, na concepção do autor, “respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção” (BARROSO, 2012, p. 98-99). Inclusive, vale ressaltar que tal competência vem sendo exercida de maneira parcimoniosa e hesitante desde as duas últimas décadas, assim, “algumas leis declaradas inconstitucionais pelo STF são suspensas, mas, em geral, o Senado não se pronuncia a respeito” (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 269).

Além disso, a partir da edição da EC nº 45/04, quando o STF analisar, de modo incidental, a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, desde que haja repercussão geral reconhecida, poderá editar súmulas vinculantes com o intento de reduzir, tanto a insegurança jurídica, como também a quantidade de processos sobre questão idêntica. Nesse caso, as súmulas aprovadas terão efeitos vinculantes independentemente da edição da resolução pelo Senado Federal. Com a ampliação do controle abstrato de normas, portanto, o mecanismo vem sofrendo um “processo de obsolescência” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1037).

Sendo assim, atualmente, a aplicação do art. 52, X, da CRFB/88, cuja efetividade sempre fora reduzida, é prescindível, dada a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal editar súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas. Nesse sentido, vem sendo admitido por alguns ministros da Suprema Corte que o referido artigo

passou pelo processo de mutação constitucional²⁵, de modo que se o plenário da Corte decidir pela constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, mesmo em controle difuso, tal decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, *erga omnes* e vinculante. Convencionou-se encarar o fenômeno como de “abstratização” ou “objetivização” do controle difuso.

Na doutrina, Gilmar Mendes é o grande defensor da multicitada mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/88, encabeçando a tese de que a suspensão de execução da lei pelo Senado teria mero efeito de publicidade da decisão, na medida em que, feita a comunicação àquela Casa legislativa, a ela caberia conferir publicidade ao conteúdo da decisão no Diário do Congresso. Assim, as resoluções editadas pelo Senado Federal, por si só, não confeririam eficácia geral ao julgamento do Supremo, de modo que “a não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1044-1046).

Advertem, aliás, Fábio Corrêa e Larissa de Oliveira, em artigo no qual investigam a teoria dos diálogos institucionais e sociais, com base na hermenêutica filosófica, que diante da mutação constitucional sofrida pelo art. 52, X, da CF/88, há grande risco de sepultamento desse mecanismo de diálogo, canalizador de uma “resposta democrática, de feedback às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso. Sob pena de perecer a intersubjetividade, a conformação linguística do intérprete, a facticidade normativa mediada pelo texto” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 118). Assim, a despeito da mutação constitucional que vem sofrendo o referido dispositivo, percebe-se que o texto constitucional, mais uma vez, abre espaço ao diálogo permitindo que o Legislativo participe do controle de constitucionalidade, o qual terá a faculdade, dada a discricionariedade e a natureza política do ato, de avaliar a conveniência na suspensão da execução de lei.

3.1.3 Inoponibilidade do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ao Legislativo (art. 102, §2º, da CRFB/88)

Como é sabido, o controle judicial abstrato de constitucionalidade objetiva tutelar a ordem jurídica constitucional a partir da análise da constitucionalidade das leis ou atos

²⁵ Para maior aprofundamento, conferir a Reclamação nº 4.335-5/AC, referente à constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos.

normativos com ela incompatíveis. Os efeitos das decisões do STF, órgão máximo do Judiciário, são, em regra, retroativos, gerais e vinculantes.

De acordo com o art. 22, da Lei 9.868/99, a decisão que verse sobre a constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo será tomada se presentes na sessão, pelo menos, oito ministros. Consoante o art. 26 do mesmo diploma, tal decisão é irrecurível, ressalvando-se a possibilidade de interposição de embargos declaratórios, e não poderá ser objeto de ação rescisória.

Indo além, o ordenamento jurídico permite que a Suprema Corte, por motivos de segurança jurídica ou relevante interesse social, module os efeitos da decisão, de acordo com o art. 27, da referida Lei federal, desde que por maioria de dois terços dos seus membros. Nessa hipótese, o STF poderá restringir os efeitos da decisão, optando pela sua irretroatividade, ou, ainda, fixar um momento futuro para o início da produção dos efeitos.

No que toca à vinculação dos efeitos da decisão, o artigo 102, §2º, da CF/88 prevê que as decisões definitivas de mérito em ADI e ADC produzirão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No mesmo sentido, o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 prevê que o efeito vinculante terá influência sobre os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual e municipal.

Assim, de acordo com Alexandre de Moraes, eventualmente proferida a decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, a vinculação do comando judicial torna-se obrigatória em relação a todos os órgãos do Executivo e do Judiciário, que, no exercício de suas funções, deverão conferir ao texto constitucional a interpretação dada pelo STF; inclusive, em sede de controle difuso, os demais órgãos do Poder Judiciário ficam também vinculados à decisão. O efeito vinculante também confere eficácia instrumental ao julgado, uma vez que é concedida força impositiva à decisão em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (MORAES, 2018, p. 1.027).

Desse modo, no âmbito do Judiciário, estão sujeitos à eficácia vinculante os juízes de 1º grau de jurisdição, os Tribunais Estaduais e Regionais Federais e todos os demais Tribunais Superiores, inclusive o STJ, excluindo-se a própria Corte. Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero convencionaram denominar essa manifestação de “eficácia vertical dos precedentes” ou “eficácia vinculante em sentido vertical”, esclarecendo que, tanto as Turmas do STF quanto o próprio plenário, não se vinculariam aos fundamentos determinantes das decisões de inconstitucionalidade (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1.221).

Não se pode concluir a partir dessa constatação que o Supremo Tribunal não deve respeito aos seus precedentes. Isso porque, para que um precedente seja alterado, qualquer membro do Tribunal “deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1222). Tanto assim o é, que para Lênio Streck, do ponto de vista da interpretação, não é dado a um Tribunal alterar cotidianamente seu entendimento ou “realizar interpretações *ad hoc*, “indo e vindo” sobre o mesmo tema, deixando a comunidade jurídica à mercê de composições com frágeis maiorias” (STRECK, 2018, p. 398).

No que toca à administração pública, a vinculação estende-se à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, de modo que todos estão vinculados aos fundamentos determinantes da decisão de inconstitucionalidade. Assim, não representa qualquer óbice a circunstância de o órgão administrativo do Estado X não estar submetido à lei do Estado Y declarada inconstitucional pelo STF. O mesmo se aplica aos órgãos municipais, que devem agir de acordo com os fundamentos determinantes da decisão de inconstitucionalidade, mesmo que a decisão tenha proclamado a inconstitucionalidade de lei de município diverso (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1.223).

Nesse sentido, a administração pública possui o dever de não aplicar norma declarada inconstitucional. Lado outro, no que se refere ao poder de legislar, reservado ao Legislativo, é sabido que este não se confunde com o poder de executar ou de aplicar as normas. Da interpretação do art. 102, §2, da CF/88, é possível extrair que o Legislativo é livre para, ante a ausência de vinculação, editar lei com conteúdo idêntico ao de lei já proclamada inconstitucional. Esse, no entanto, não é o entendimento de todas as Cartas constitucionais, uma vez que em certos sistemas, a decisão de inconstitucionalidade obsta o legislador futuro de editar norma de conteúdo idêntico ou similar ao que foi rejeitado (BARROSO, 2012, p. 145).

Sendo assim, o Legislativo pode entender pelo surgimento de novas circunstâncias no seio da realidade social que imponham a compreensão do texto em sentido diverso. Nada obstante, disso não se depreende que a atuação legislativa deva ser destituída de qualquer preocupação com a legitimidade constitucional do texto com o intento de se impor para negar os efeitos da decisão da Suprema Corte (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1.223-1.224). Para Alexandre de Moraes, a inoponibilidade do efeito vinculante aos órgãos legiferantes permite o aperfeiçoamento da dinâmica interpretativa e a adequação dos entendimentos às novas condições jurídicas e sócio-políticas, “não sendo possível, portanto,

limitar o processo legislativo (...) de maneira a impedir a tramitação e votação de projeto de lei contrário ao entendimento do STF em determinada matéria” (MORAES, 2018, p. 1028).

À vista disso, não será cabível o manejo da reclamação constitucional perante a Suprema Corte na hipótese de o Legislativo editar norma de conteúdo idêntico ou similar ao decidido anteriormente, uma vez que o legislador não está vinculado ao mérito ou à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente (BARROSO, 2012, p. 145). Dessa forma, na hipótese de o Congresso Nacional vir a editar lei nova disciplinando mesma matéria de maneira divergente ao entendimento de outrora do STF, firmado em sede de controle concentrado, caberá à Corte, caso seja ajuizada nova ADI, reanalisar a matéria no que toca à sua constitucionalidade.

O plenário do STF, inclusive, negou provimento a agravo regimental em Reclamação n. 2.6147, de relatoria do Min. César Peluzo, na qual se alegava que a edição da Lei 14.938/2003, do Estado de Minas Gerais, que instituiu taxa de segurança pública, afrontava a decisão do STF na ADI 2.424/CE.

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode ser sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. **Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta.** Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. **A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.** (STF - Rcl: 2617 MG, Relator: Min. César Peluzo, Data de julgamento: 23/02/2005, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 20/05/2005) (grifos nossos)

Decerto, se atribuídos efeitos vinculantes aos órgãos legiferantes, haveria um desequilíbrio na relação entre a Suprema Corte e o Congresso Nacional, impondo-se a este último uma suposta posição de subordinação perante aquele, o que desencadearia em prejuízo à própria legitimidade política do órgão legislativo, o que é inconcebível à luz do princípio da separação dos poderes e da convivência harmônica e independente destes.

Nas palavras de Uadi Lammêgo, o princípio da não incidência do efeito vinculante aos atos do Legislativo enseja duas importantes consequências: a primeira impede o fenômeno da “fossilização constitucional”, tendo em vista que o Legislativo, cuja tarefa de criar lei não deve ser reduzida, deve ocupar o espaço democrático e representativo de sua legitimidade política; a

segunda, tida como corolário da outra, é a de preservação da atividade legislativa do Estado, uma vez que o controle abstrato de constitucionalidade não pode impedir o exercício das funções legiferantes essenciais ao Estado (BULOS, 2015, p. 366-367)

No entender de Pedro Lenza, com a ampliação dos efeitos gerais e vinculante ao Legislativo, materializado no princípio da segurança jurídica, estaria sendo sacrificado “o valor justiça da decisão”, considerando que restaria dificultada a constante atualização das Constituições e dos textos normativos pela via do Legislativo, petrificando-se a própria evolução do ordenamento jurídico (LENZA, 2020, p. 249).

Em sentido idêntico, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi concordam que a extensão do efeito vinculante ao Legislativo engessa o sistema, transformando a opção judicial numa “verdade absoluta” impossível de ser desrespeitada. Para os autores, a edição de nova norma pode vir associada a modificações relevantes, atendendo, ao mesmo tempo, a opinião do Judiciário e do Legislativo. (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 172).

Assume-se, então, que eventual atividade do Legislativo, ao editar uma lei contrária ao decidido outrora pela Corte Suprema, não representa desrespeito ao princípio da separação dos poderes, dada a inoponibilidade dos seus efeitos ao Legislativo e ao exercício de sua atividade típica. Isso porque, com a elaboração de nova lei com conteúdo análogo a outra já entendida como inconstitucional, o STF não deve considerá-la como uma afronta a sua autoridade, mas, sim, em atenção ao diálogo institucional, considerar e refletir sobre os novos argumentos expostos. Assim, é possível afirmar que a Constituição, ao disciplinar os limites subjetivos da eficácia vinculante em relação ao Legislativo, favorece o diálogo entre aquele e o Judiciário e assegura o fortalecimento do espaço democrático representativo dos órgãos do Legislativo através da abertura ao debate na busca do consenso entre estes.

3.2 DA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO CONSTITUCIONAL

3.2.1 Superação de precedente judicial obrigatório pelo Judiciário

O Direito Processual Civil brasileiro, no íterim do seu desenvolvimento, preocupou-se, dentre outras coisas, com a criação de um sistema de padronização decisória que atingiu seu ponto máximo, no sentido normativo, com a edição do Código de Processo Civil de 2015. De acordo com Alexandre Câmara, a expressão “padrão decisório” é gênero que abrange duas espécies: o precedente e o enunciado de súmula. Aquele “é um pronunciamento judicial,

proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”; esse, de outra forma, “são pequenos textos que consolidam entendimentos dominantes na jurisprudência de certo tribunal, e que são identificados a partir do exame de diversos acórdãos” (CÂMARA, 2018, p. 624). Esses institutos asseguram a manutenção de princípios constitucionais caros à ordem jurídica, especialmente, a isonomia e segurança jurídica, razão pela qual devem vir a reboque da atuação dos operadores do Direito. Na mesma linha de raciocínio, Bernardo Fernandes entende, não obstante existirem outras razões que justifiquem o respeito aos precedentes, o fundamento básico da necessidade de sua observância integral é a promoção da segurança jurídica, impressa na previsibilidade e na estabilidade do Direito (FERNANDES, 2020, p. 1605).

Assim, os efeitos dos precedentes são *ex lege*, isto é, “ocorrem independentemente da manifestação de vontade do órgão jurisdicional que o produziu, uma vez ser ato-fato jurídico” (FERNANDES, 2020, p. 1606). Para Didier, Sarno e Oliveira, seis são os efeitos dos precedentes: vinculante; persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescindente; e de revisão da sentença (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 454-460)

A jurisprudência, por sua vez, é entendida como “um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido” (CÂMARA, 2018, p. 624), de modo que o precedente é considerado individualmente e determinado num caso concreto. A jurisprudência, ao revés, indica o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica, consubstanciada nas múltiplas decisões prolatadas. Sendo assim, no que toca à uniformização de jurisprudência, os tribunais possuem o dever de resolver eventual divergência interna entre seus órgãos fracionários quanto à matéria jurídica análoga. É desdobramento desse dever, de acordo com o art. 926, § 1º, do CPC, que os tribunais sintetizem sua jurisprudência dominante, sumulando-a.

Infere-se, pois, que, para a manutenção da unidade do ordenamento jurídico, é necessário que se identifique a existência de “linhas decisórias constantes”, representada por uma jurisprudência firme, “o que permite assegurar-se a coerência das decisões judiciais acerca da matéria” (CÂMARA, 2018, p. 625). Disso não resulta, no entanto, a pré-compreensão de que a modificação de entendimentos seria inconcebível - como já apontado no capítulo anterior -, o que desembocaria no engessamento do direito. As linhas jurisprudenciais podem ser modificadas, já que autorizada pelo diploma processual vigente, especificamente nos parágrafos 3º e 4º do art. 927, desde que sejam atendidos os requisitos legais.

Perceba-se: ao afastar-se da jurisprudência constante do tribunal, não basta ao órgão jurisdicional fundamentar a decisão do caso concreto em que tal afastamento acontece: impõe a lei processual uma fundamentação específica e adequada acerca das razões que levam o órgão jurisdicional a se afastar da jurisprudência firme, modificando-a (ou a abandonando por completo). E no caso do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, esta alteração de entendimento jurisprudencial pode se dar com modulação temporal de efeitos, o que é uma exigência de respeito ao interesse social e à segurança jurídica (CÂMARA, 2018, p. 628).

Semelhante entendimento é o de Bernardo Gonçalves Fernandes ao asseverar que o dever de estabilidade da jurisprudência não obsta a alteração do entendimento dos tribunais, notadamente porque o impedimento é o da alteração injustificada de entendimento (FERNANDES, 2020, p. 1.622). É dado aos tribunais, então, quando da alteração de sua jurisprudência dominante, apresentar fundamentação adequada e específica, bem como estabelecer se haverá ou não modulação temporal dos efeitos do novo entendimento.

A técnica por meio da qual um precedente perde sua força vinculante é denominada de *overruling*. Assim, um precedente é substituído por outro, podendo ocorrer de forma expressa, quando um tribunal explicitamente opta por adotar nova orientação diversa da anterior ou, até mesmo, de forma tácita, quando não há expressa substituição da orientação anterior, a despeito da mudança de posicionamento. Dessa forma, em observância aos princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica, a maioria da doutrina admite que “a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 510).

Existem, portanto, algumas formas de superar uma decisão judicial proferida pelo STF com eficácia formalmente vinculante, inclusive nos casos de entendimento firmado em controle concentrado de constitucionalidade, já que o efeito vinculante se dá em relação aos demais órgãos do Judiciário, e não ao próprio Tribunal, conforme prevê o artigo 102, §2º, da CF/88. Citem-se, como exemplos, a superação feita pelo próprio Judiciário, quando o mesmo tribunal que firmou uma tese jurídica, em incidente de resolução de demandas repetitivas, efetua a sua revisão, conforme art. 986, do CPC; ou, ainda, quando a superação é feita pelo STF em relação a algum enunciado de súmula vinculante, observado o procedimento instituído na Lei nº 11.417/06.

É possível afirmar, portanto, que os tribunais, quando pretenderem alterar sua jurisprudência, carregam consigo o ônus argumentativo, já que o dever de fundamentação específico é imposto a qualquer magistrado. A mudança de posicionamento, pois, não deve se basear na alteração da opinião dos julgadores ou no entendimento que a decisão antiga é

incorreta, mas, sim, a partir da identificação de padrões de incongruência social e normativa ou própria mudança fática da sociedade.

3.2.2 Superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal

Como visto, uma das funções típicas do Legislativo é a de editar leis que veiculem normas sociais e ao mesmo tempo atendam às demandas sociais. Tal atuação é discricionária e vem a reboque dos valores da Constituição e dos fins públicos. Existem determinadas situações, no entanto, nas quais o Legislativo atuará circunstancialmente, como quando edita norma necessária à integração do ordenamento. Cite-se como exemplo o §1º do art. 102, da CF/88. O referido dispositivo indica que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, será apreciada pelo STF, na forma da lei. E assim o fez o Congresso Nacional ao editar a Lei no 9.882, de 3 dezembro de 1999 para regular o processo e julgamento da ADPF²⁶.

De acordo com Barroso, conferida tal prerrogativa de integração do texto constitucional, pelo próprio constituinte, os órgãos legiferantes farão, portanto, “uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional”, não se tratando de mutação constitucional. Lado outro, restará configurada a mutação constitucional quando o Legislativo, por ato normativo primário, alterar a interpretação outrora atribuída a alguma norma constitucional. Assim, é possível afirmar que “ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo” (BARROSO, 2020, p. 151).

A despeito da crítica a respeito do uso da expressão “mutação”, notadamente porque o fenômeno é verificado, via de regra, pelo STF, quando procede à alteração informal da constituição por meio das viradas jurisprudenciais, há de se reconhecer que ao Legislativo é dado reverter²⁷ as decisões da Suprema Corte, uma vez que o efeito vinculante daquelas

²⁶ Inclusive, em artigo inteiramente dedicado à ADPF, intitulado “ADPF: qual a saída do labirinto?”, Gabriel Marques apresenta proposta de extinção da arguição de descumprimento de preceito fundamental do controle de constitucionalidade vigente com incorporação das matérias capazes de serem aferidas em seu objeto no bojo da ação direta de inconstitucionalidade genérica, notadamente porque “a ausência de esclarecimento normativo acerca do objeto discutível em sede de ação direta de inconstitucionalidade genérica e em sede de arguição de descumprimento apenas tem contribuído para uma interminável confusão do cabimento de cada ação”.

²⁷ Vale dizer que a expressão “reversão” é aqui considerada como mais adequada para demonstrar o fenômeno da superação legislativa das decisões judiciais. O termo “correção” é utilizado em alguns trabalhos sobre o mesmo tema, no entanto, verifica-se certa inadequação ante o sentido de “corrigir” ou “dar melhor forma”.

decisões em sede de controle concentrado, ou mesmo em razão da edição de súmula vinculante, não vincula o Legislativo em sua função precípua de legislar.

Assim, a edição de lei com conteúdo idêntico ou semelhante àquele que foi outrora declarada inconstitucional pelo STF é legítima. Pedro Lenza, aliás, afirma que esse entendimento encontra amparo tanto no fato de que o efeito vinculante não está direcionado ao legislador, já que o art. 102, §2º, da CF/88 inclui os demais órgãos do Judiciário e administração pública, assim como no dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da CR/88, o qual exige, na hipótese de nova provocação judicial resultante da reversão legislativa, “o enfrentamento da questão específica e de eventuais novos argumentos trazidos pelo legislador” (LENZA, 2020, p.76). De mais a mais, da análise do atual modelo brasileiro de jurisdição constitucional e das aberturas proporcionadas pela Constituição de 1988, é possível afirmar que o ordenamento jurídico, enquanto unidade, permite tais reversões legislativas.

Não é raro observar certos casos emblemáticos nos quais o STF se posiciona de determinada maneira e, logo em seguida, em reação ao entendimento firmado, o Legislativo edita outro ato normativo em sentido contrário. Entende-se por reversão ou superação legislativa, portanto, a atitude do Legislativo quando elabora diplomas legais, tanto com *status* de lei ordinária quanto de Emenda Constitucional, superando decisão emanada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. É dizer: seja enquanto manifestação do poder constituinte derivado, seja enquanto manifestação do poder normativo infraconstitucional, o Congresso Nacional reage e faz com que determinada controvérsia não tenha o seu fim último no âmbito judicial. Tal superação de entendimento pode ocorrer sob duas formas, quais sejam, via emenda constitucional ou via legislação infraconstitucional.

A interação institucional entre o Legislativo e o Judiciário na interpretação da Constituição revela que o método típico de superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional. Tanto assim o é que, desde a promulgação da Constituição em 1988, já houve uma infinidade de Emendas Constitucionais editadas com a finalidade de superar certos entendimentos jurisprudenciais. Para Sérgio Victor, essa, inclusive, é a hipótese mais aceita de superação de uma interpretação constitucional, pois, além do caráter analítico do texto constitucional, “muitas das políticas públicas tidas por ordinárias envolvem

questões constitucionais e demandam implementação por meio de alterações constitucionais” (VICTOR, 2013, p. 173).

A título de exemplo, o fenômeno ocorreu há pouco tempo e pende de conclusão. O plenário do STF julgou procedente a ADI 4983 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulava a vaquejada como prática desportiva e cultural do referido Estado. O voto do relator Min. Marco Aurélio foi no sentido de que a crueldade intrínseca à prática não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo universo de direitos fundamentais da CRFB/88. Sucede que, após o julgamento, a EC nº 96/2017 acrescentou um parágrafo ao art. 225, da CF/88 - indo de encontro ao entendimento da Suprema Corte -, o qual não considera como cruel a manifestação cultural que envolva a prática desportiva com animais. Contra essa Emenda Constitucional foi ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal a ADI 5728/DF, sendo que, até o momento, os autos encontram-se conclusos ao relator, o Min. Dias Toffoli, desde o dia 03/02/2021, pendente de julgamento pela Corte.

Em outra situação não tão recente, mas bastante emblemática, é a questão envolvendo a criação de novos municípios. A redação original do art. 18, §4º, da Constituição de 1988 condicionava a criação de novos municípios à consulta da população diretamente interessada e aos parâmetros contidos na legislação estadual. Diante do aumento e abuso na atividade de criação de municípios, foi aprovada a EC nº 15/1996, a qual estabeleceu critérios mais rígidos para a criação de municípios, a saber: a elaboração de lei complementar federal que estabelecesse critérios gerais disciplinadores da criação de municípios.

Ocorre que a referida lei complementar não foi editada, muito embora tenham sido criados municípios nesse interstício. É no julgamento da ADI 2240/BA, na qual o Partido dos Trabalhadores contestava a criação, pela Lei estadual 7.619/00, do município baiano de Luís Eduardo Magalhães, a Suprema Corte acolheu o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que reconhecendo existir “situação de fato consolidada” com a criação do município, declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei questionada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses. Assim, foi concedido prazo de 24 meses para que o Congresso Nacional editasse a referida lei complementar, sob pena de extinção do município. A resposta do Congresso se deu pela manifestação do poder constituinte derivado, com a aprovação da EC nº 57/2008 que inseriu o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, convalidando os municípios cujas leis criadoras tenham sido publicadas até o dia 31 de dezembro de 2006.

O controle judicial, no segundo caso, incidirá apenas sobre os limites ao poder de reforma fixados na própria Constituição, dispostos no art. 60 e parágrafos da CF/88. Assim, no caso da “PEC da Vaquejada”, tendo em vista a natureza de norma emanada, o STF poderá invalidar o diploma caso seja identificada ofensa à cláusula pétrea ou ao processo legislativo na edição da Emenda Constitucional. Isso ocorre porque, com a alteração formal da Constituição, ocorre uma mudança do paradigma de controle que embasou o entendimento da Corte e a premissa que sustentava a interpretação final do STF deixa de existir com a nova emenda. Em sentido crítico, para Sérgio Victor, “a resposta via emenda é praticamente um monólogo, pois salvo raras exceções, (...) será difícil uma reação do Supremo” (VICTOR, 2013, p. 176).

Lado outro, a superação de entendimento do STF através de lei é questão mais emblemática, na medida em que existe uma tensão velada entre a Corte e os parlamentares. Como visto, o ordenamento jurídico impede a vinculação e impõe a liberdade ao legislador na dinâmica das suas atividades típicas. Quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes*, excluindo o legislador, é conferida, potencialmente, uma atuação livre do Legislativo. Assim, somente ao Legislativo é dado inaugurar novo debate da questão por meio da edição de novo ato normativo primário.

Vale ressaltar que, caso a Corte, por outro lado, declare a inconstitucionalidade da medida adotada pelo legislador, mas não dos objetivos da lei, não há óbice ao Legislativo na aprovação de nova lei que abarque a posição do Tribunal e compatibilize a medida por outra, à luz dos objetivos da norma e da decisão judicial. Nesse caso, a nova norma terá presunção de constitucionalidade, pois, a bem da verdade, não houve superação legislativa (ALTOÉ JUNIOR, 2018, p. 73).

A título de exemplo, veja-se o famoso caso de superação de entendimento do STF pela via legislativa. O enunciado da súmula n. 394, hoje cancelada pelo Supremo Tribunal, estendia o foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais contra ex-detentores de cargos públicos relativamente aos atos praticados no exercício da antiga função. Em reação ao cancelamento, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628/2002, diploma normativo editado com o intento de alterar o art. 84, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a competência por prerrogativa de função. Tal proposta legislativa visava restabelecer o antigo entendimento do STF relativo ao foro privilegiado nos casos nos quais o inquérito policial ou a ação penal fossem intentados após o fim do mandato do acusado.

A referida Lei, no entanto, foi impugnada por meio da ADI 2.797/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, tendo a Suprema Corte declarado

inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84 introduzidos pela aquela lei. Inclusive, o Min. Luiz Fux faz referência à ADI 2797/DF no julgamento da ADI 5.105/DF, assumindo que aquele é caso de superação legislativa mais rememorado, cujo emprego de fundamentos antidialógicos acarretou na declaração de inconstitucionalidade da lei por vício formal²⁸.

A despeito do resultado do julgamento nesse caso, de evidente aversão ao diálogo institucional, os votos divergentes dos Ministros Eros Graus e Gilmar Mendes demonstram um potencial abertura da Corte ao diálogo institucional. Para este último, a interpretação constitucional é conferida a todos os atores sociais e, em especial, ao legislador, que dispõe de ampla liberdade de conformação na concretização da Constituição, logo, eventualmente, lhe é dado superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte.

Outro caso relativamente recente trata-se do julgamento da ADI 5.105/DF. Anteriormente, no julgamento das ADI's 4.430/DF e 4.795/DF, as quais questionavam o art. 47, §2º, II, da Lei nº 9.504/97, o STF havia se manifestado sobre o rateio do tempo de propaganda eleitoral entre partidos políticos, atribuindo interpretação conforme para salvaguardar aos novos partidos, surgidos após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita.

Em reação a tal decisão, o Congresso editou a Lei nº 12.875/2013 alterando as Leis nº 9.504/97 e nº 9.096/95 para restringir o direito de acesso proporcional aos novos partidos políticos, o que culminou na propositura da ADI de nº 5.105/DF, proposta pelo Partido Solidariedade, de relatoria do Min. Luiz Fux. Tais alterações legislativas, objetos de controle de inconstitucionalidade, se assemelhavam na medida em que, para efeito de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de acesso ao rádio e à televisão, os votos obtidos pelo partido político nas últimas eleições para a Câmara eram levados em consideração, muito embora as mudanças de filiação partidária fossem desconsideradas, de modo que o parlamentar que trocasse de partido não levava consigo sua representatividade.

Parece não haver dúvidas que a Lei nº 12.875/2013 representa uma reação legislativa à decisão adotada pelo STF, na medida em que os parlamentares buscaram superar a interpretação de outrora da Suprema Corte sobre tema. Tanto assim o é que, no julgamento da ADI 5.105/DF,

²⁸ E acrescenta o Ministro que “(...) os fundamentos em que vazada a decisão evidenciam, a mais não poder, a adoção de um autoritarismo judicial e um comportamento profundamente antidialógico, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo” (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015).

o Min. relator entendeu que, ao editar a Lei nº 12.875/2013, o Congresso Nacional procurou reverter o precedente fixado pelo Supremo nas ADI's 4430 e 4795.

Vale acrescentar que o Min. Luiz Fux encampou a práxis dialógica no decorrer do seu voto, cujo enfrentamento, segundo ele, contribuiria para a correta delimitação do espaço de conformação do legislador nos casos de correções jurisprudenciais, a fim de justificar, sob a perspectiva democrática, a impossibilidade de fossilização das disposições constitucionais, desde que não se vulnere o conteúdo essencial da Constituição.

O posicionamento do Ministro relator representa o advento de uma postura da Suprema Corte na promoção da interação e do diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional. Em suas palavras,

[...] desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes [...] A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção juriscêntrica nesta seara. (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015).

A despeito das relevantes considerações, o Plenário do STF, em apertada votação, decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos, afirmando que a nova lei estaria desprovida de fundamentos aptos a legitimar a reversão da interpretação de outrora, de modo que somente se admitiria a superação por lei ordinária quando esta trouxer argumentos sólidos que demonstrem a alteração das premissas fáticas e jurídicas do precedente ou inadequação ao novo contexto social. O Min. Edson Fachin divergiu da conclusão a que chegou o relator e votou pela constitucionalidade dos dispositivos, tendo os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes²⁹,

²⁹ A reflexão trazida pelo Min. Gilmar Mendes vale ser aqui incluída, notadamente porque ele aponta que os fundamentos a serem apreciados pelo STF são aqueles apresentados pelo legislador decorrentes do novo quadro normativo. “[...] Então, a mim me parece que, a rigor, não há nada de novo quanto a esse fato. A rigor, é uma reavaliação que o legislador faz calcado na experiência colhida e veja que, nessa esfera, sobretudo - claro que o mundo está numa prodigiosa transformação -, nesses últimos anos, temos tido mudanças enormes. A decisão nossa foi de 2012 e já se percebe que, de alguma forma, envelheceu, porque não são poucas as críticas que se vêm fazendo a esse processo de criação, transformação de partidos e manipulação desses privilégios que a legislação muito justamente outorga aos partidos, mas que têm sido objeto de muito abuso, como se tem destacado. E há outra pergunta que me ocorre. Tem de haver exigência de uma fundamentação reiterada do legislador para a mudança. Nós sabemos que, na prática, é difícil se exigir isso. O que podemos fazer? Avaliar, talvez, os projetos, as justificativas, as exposições de motivos. Mas claro que isso é insuficiente. O que nos cabe é fazer uma análise

Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, acompanhado a divergência, ressaltando a preferência pela chancela da escolha feita pelo legislador.

Observa-se que a adesão ao projeto dialógico garantiu a oportunidade de manifestação do Legislativo, colocando em xeque a esfera de liberdade de conformação do legislador, à luz da estrutura de divisão funcional entre as instituições, na hipótese de superação do entendimento fixado pelo STF. No caso, a Corte apresentou a diretriz jurisprudencial para aferição da validade jurídico-constitucional de tais reversões, além de ressaltar que o diploma impugnado ofendia o pluralismo político e a liberdade partidária.

Por esses motivos, entendo que a reação jurisprudencial, materializada na Lei nº 12.875/2013, ao subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e os recursos do fundo partidário, remanesce eivada do vício de inconstitucionalidade, na medida em que, **além de o legislador não ter logrado trazer novos e consistentes argumentos para infirmar o pronunciamento da Corte, referido diploma inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de minorias político-partidárias, em flagrante ofensa aos postulados fundamentais do pluralismo político, e da liberdade partidária, insculpidos no art. 17, caput, e § 3º, da Constituição de 1988** (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015). (grifos nossos).

Do julgamento da ADI 5.105/DF, portanto, é possível depreender que editados atos normativos infraconstitucionais contrários ao entendimento da Corte, estes possuirão presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade³⁰, cabendo ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente é medida impositiva, submetendo-se, dessa forma, a um controle judicial mais rigoroso. Disso se extrai, também, que para além da norma contida no art. 102, §2º, da CF/88, nas hipóteses de superação de entendimento da Suprema Corte, pelo legislador ordinário, a atitude da Corte deve levar em consideração as opções políticas do legislador, a fim de que, na relação interpoderes, seja possível harmonizar a jurisdição constitucional com vontade legislativa.

Admitir a possibilidade de reversão legislativa não implica, necessariamente, em suplantar o regime de supremacia parlamentar. E assim o é porque a Suprema Corte, eventualmente, irá controlar a constitucionalidade da superação normativa, de modo que a reversão não representará a última palavra sobre a questão; ao revés, a reversão legislativa

objetiva das razões da Lei. Haveria justificativa para a mudança? Até porque, do contrário, podemos, como estamos fazendo, declarar a inconstitucionalidade da norma, mas essa é uma forma relativamente pacífica, tranquila, de diálogo institucional” (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015).

³⁰ Em sentido contrário, Laila Chianelli, para quem “(...) não parece soar correto a afirmação de que uma lei poderia nascer com presunção relativa de inconstitucionalidade, tendo em vista que, à luz dos estudos acerca da interpretação constitucional, encontra-se dentre os princípios específicos o da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público” (CHIANELLI, 2019, p. 43).

representará a abertura ao diálogo constitucional, segundo o qual cada instituição contribuirá com sua específica capacidade institucional.

De acordo com Rodrigo Brandão, inclusive, em artigo dedicado à análise dos fatores de interação do Judiciário com os demais poderes e atores sociais, a partir das experiências norte-americana e brasileira, no momento em que o Legislativo reage às decisões judiciais, todos os agentes sociais tomam ciência da situação, o que não ocorre, por exemplo, quando se opta por “mecanismos sub-reptícios” de não implementação das decisões da Corte. Com efeito, nos casos de superação legislativa de jurisprudência, o STF possui a chance de reavaliar eventual constitucionalidade do teor da norma editada, caso impugnada judicialmente, diante das novas razões expostas pelo legislador (BRANDÃO, 2015, p. 36).

À luz da perspectiva dialógica, as correções legislativas são consideradas como uma oportunidade de a Suprema Corte reanalisar o entendimento jurisprudencial que ocasionou na referida reação legislativa, dado que a interpretação conferida pelo legislador pode vir a ser razoável e compatível com um outro sentido possível do texto constitucional. Nesse ponto, Gustavo Vital aponta para uma "supremacia judicial temperada" através da teoria do diálogo, na medida em que o STF se vê impelido a fundamentar seu novo posicionamento - caso a lei editada seja objeto de controle de constitucionalidade - à luz dos aspectos materiais da questão debatida (OLIVEIRA, 2010, p. 364).

A despeito da relevância da abertura ao diálogo constitucional entre os poderes da República, Pedro De Pretto e Renato De Pretto apontam existir limites à superação da interpretação dada pelo Poder Judiciário pela via legislativa. Segundo esses autores, o déficit contramajoritário do Judiciário na declaração de inconstitucionalidade leis editadas pelo Legislativo, é infirmado pela anulação de atos inconstitucionais em prol da conservação dos valores previstos na Constituição (DE PRETTO P; DE PRETTO R, 2017, p. 438). Nesse sentido, um dos limites à revisão legislativa reside na impossibilidade da mudança de interpretação jurisprudencial quando esta se funda em matéria tutelada por cláusula pétrea, dado que se trata de núcleo inalterável da Constituição. Nessa hipótese, a atuação legislativa, conduziria a nova declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, cujo reconhecimento é de competência do próprio Judiciário.

Em arremate, os autores parecem não ignorar a possibilidade de revisão, pelo Legislativo, das decisões emanadas do Judiciário, desde que não ultrapassem a esfera de competência e *expertise* do outro. Na concepção destes, o diálogo interinstitucional aí visualizado, aparenta ser saudável no Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a

continuidade da discussão de determinados temas constitucionais em instâncias outras, de modo a enriquecer a construção da norma (DE PRETTO P; DE PRETTO R, 2017, p. 439-440). Assim, as práticas de revisão das leis editadas e da superação das decisões da jurisdição constitucional são características importantes do próprio jogo democrático.

Nota-se, até aqui, a interação entre os poderes Judiciário e Legislativo na tentativa de definir o sentido da Constituição. Quando essa relação dialógica não ocorre através dos instrumentos positivados (vide subtópicos 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3 desse trabalho), há uma tendência do Congresso Nacional em buscar outros meios de comunicação compartilhada com o STF, com o intento de contribuir, na parte que lhe cabe, através de soluções democráticas e partilhadas.

Vale dizer que os exemplos trazidos não possuíam o objetivo de mostrar que um diálogo genuíno esteja acontecendo, conquanto demonstrem um tipo de interação na qual, em alguma medida, há uma troca de argumentos. Diante do exposto até agora, é possível afirmar, que, à luz da jurisdição constitucional, o famigerado equilíbrio interpodereis, o qual mantém a dinâmica constitucional brasileira, demonstra a impossibilidade de se ter uma última palavra definitiva sobre o texto constitucional, seja ela proferida pela Suprema Corte ou editada pelo Congresso Nacional.

A superação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como visto, é antiga e produz repercussões importantes na busca pelo sentido do texto constitucional. Assim, considerando que ambas as instituições, o Legislativo e o Judiciário, contribuem nesse diálogo, dada a capacidade institucional de cada um, resta saber como chegar a uma solução intermediária que, longe de representar uma ruptura da ordem jurídica, contemple as melhores escolhas constitucionais para questões sensíveis à sociedade.

4. REAÇÃO LEGISLATIVA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

O presente trabalho, até aqui, pretendeu analisar a relação entre os poderes de Estado, especialmente, entre o Judiciário e o Legislativo, à luz de uma perspectiva atualizada da teoria da separação dos poderes, cuja interpretação evidencia uma interpenetração das funções estatais na consecução dos objetivos institucionais.

À vista dos exemplos de interação institucionais expostos, em especial, a reação legislativa, observa-se uma tendência de superação das interpretações proferidas pelo Judiciário sobre determinados assuntos. Assim, este último capítulo, em arremate às reflexões dos tópicos anteriores, analisará a quem cabe dar a “última palavra” no processo interpretativo constitucional, atentando-se para o fenômeno da reação legislativa e do *backlash*.

Ao fim, serão expostas as contribuições das teorias dos diálogos institucionais no contexto das relações entre as instituições brasileiras, na medida em que oferecem mecanismos de reequilíbrio na atuação do Legislativo e do Judiciário na interpretação da Constituição e propiciam uma resposta dialógica sobre determinada matéria.

4.1 A QUEM COMPETE DAR A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?

Parece não haver dúvida de que o texto constitucional atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa precípua de proteger a Carta Política, enquanto “guardião da Constituição”, nos termos do art. 102, caput, da CF/88. A Suprema Corte, através da jurisdição constitucional, é responsável por garantir as condições mínimas da democracia, e, por essa razão, qualquer ameaça ou tentativa de lesão aos direitos e garantias fundamentais, ou, ainda, à organização estrutural do Estado ou dos poderes, devem ser examinadas pelo Judiciário.

Essa, no entanto, é uma visão parcial das consequências advindas do desenho institucional brasileiro, notadamente porque, como se viu, a interpretação constitucional não está adstrita tão somente ao controle judicial de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos, dada a possibilidade de surgimento de novo entendimento através da superação de entendimento do STF, através da edição de lei ordinária ou promulgação de Emenda Constitucional.

Com efeito, uma vez decidido pelo Judiciário que determinada lei ou ato normativo é constitucional ou inconstitucional, a questão controvertida, muitas vezes, não se encerra de

modo definitivo naquele julgamento, caso haja reação do Legislativo ou até mesmo da sociedade com relação àquele entendimento. Ressalte-se, inclusive, que a legitimidade do Legislativo, enquanto intérprete do texto constitucional, é amparada, sobretudo, pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, o qual atribui presunção *iuris tantum* a todo ato normativo até prova em contrário.

Vale dizer, a fim de que não remanesça dúvida, que a decisão declaratória de inconstitucionalidade, *de per se*, é, sim, definitiva, uma vez que, no âmbito das ações judiciais é indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de comprometimento do fim último do processo judicial, da segurança jurídica e da pacificação social. De outra parte, com o término de um processo judicial, especialmente no controle abstrato de constitucionalidade, não é colocada uma pá de cal na interpretação constitucional.

Conforme advertem Cláudio Pereira e Daniel Sarmento, o resultado de uma ação judicial, por exemplo, não define o que significa a igualdade de gênero, notadamente porque nenhuma decisão judicial tem a capacidade de resolvê-las em definitivo e encerrar a controvérsia no campo dos embates políticos e sociais. Assim, sendo polêmico o objeto da disputa, é quase improvável que uma decisão judicial baste para encerrar o assunto (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 404). Nesse mesmo sentido, Miguel de Godoy entende que as decisões dão fim ao processo judicial, mas não ao processo de debate público e democrático (GODOY, 2015, p. 104).

De uma análise estritamente jurídica, a decisão proferida pelo STF, num caso concreto, será o seu ponto final. Nada obstante, quanto ao tema envolvido, a última palavra é transitória, uma vez que o tema continua sendo discutido tanto pela coletividade, que poderá reabrir a discussão judicial sobre a questão, quanto pela Suprema Corte, através da superação da jurisprudência consolidada. Daí porque, conceber a Constituição como um produto em estado de aprimoramento, amplifica o ideal de separação de poderes, que, embora independentes e harmônicos, estão em constante interpenetração, através do sistema recíproco dos freios e contrapesos. A tarefa de interpretação e aplicação da Constituição é, pois, de todos os envolvidos na manutenção da democracia.

Neste ponto, sob o olhar da preservação institucional das Cortes, Rodrigo Brandão assevera que a influência da opinião pública produz repercussão, até mesmo, na tomada de decisão pelas Cortes Supremas, uma vez que os magistrados entendem que a pronúncia de decisões não desejáveis pelas maiorias políticas, bem como pela população no geral, pode ocasionar no manejo de mecanismos de reação política e social (BRANDÃO, 2015, p. 46).

Não se olvida, pois, que o procedimento decisório formal, estabelecido pela Constituição, confere ao STF, de fato, a guarda da Magna Carta de 1988, seja pelo controle judicial de constitucionalidade das leis ou das Emendas à Constituição. O primeiro controle, como se sabe, leva em consideração o devido processo legal e a substância do ato; o segundo, por sua vez, se debruça sobre a totalidade do art. 60, da CF/88, em especial, às cláusulas pétreas. Sendo assim, a legitimidade da decisão do STF se baseia, não somente sobre a sua competência de guarda da Constituição, mas, sim, sobre o potencial diálogo de deliberação, cujas razões e os fundamentos dão suporte à sua decisão. Como observa Miguel de Godoy:

[...] guardar a Constituição não significa, portanto, exercer uma supremacia judicial interpretativa e nem ter a última palavra sobre o significado da Constituição. Declarar uma lei inconstitucional e invalidar atos dos demais Poderes são sim competências e atribuições do Poder Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal. Ele pode e deve exercer essa competência. Tem autorização expressa da Constituição de 1988 para isso. Mas, tal competência e exercício não significam que apenas o Supremo Tribunal Federal pode estabelecer o significado final da Constituição. Essas críticas deixam claro que a supremacia judicial e a última palavra não fomentam uma ação conjunta, coordenada, colaborativa, dialógica, entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo. Ao contrário, elas encaram a separação entre os Poderes como um esquema rígido, fixo, no qual prevalece uma disputa sobre a última palavra, e não um diálogo em busca da melhor da resposta (GODOY, 2015, p. 87).

Perfilhando similar entendimento, Pedro De Pretto e Renato De Pretto entendem que a atividade de interpretação constitucional não é atribuição exclusiva do Judiciário, mas uma diligência estendida a todos os Poderes estatais e atores sociais, cujo objetivo é a estabilidade e a efetividade da Constituição, com certa plasticidade à captação das mutações sociais (DE PRETTO P; DE PRETTO R, 2017, p. 443).

Aliás, a decisão do STF na definição do texto constitucional é parte constituinte do todo na busca pelo sentido da norma constitucional, no entanto, ela não possui, *de per se*, o condão de encerrar o debate sobre determinada controvérsia cuja substância aflore os ânimos da sociedade. Sob o ângulo prescritivo, apontam Cláudio Pereira e Daniel Sarmiento, que não é saudável atribuir a um único órgão a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 402-403).

Portanto, de acordo com Hubner Mendes, a última palavra provisória está necessariamente interligada com a ideia de “rodadas procedimentais”, por intermédio das quais os poderes se desafiarão, com cordialidade ou não, para discordar da decisão tomada (MENDES, 2011, p. 195). Dessa forma, a última palavra provisória não impede novas rodadas procedimentais, o que significa que o diálogo deve ser um objetivo constante dos Poderes na

promoção da melhor interpretação do texto constitucional, cuja cadeia de contribuição estimula o refinamento, com a passagem do tempo, de melhores respostas para os dilemas coletivos.

Ressalva importante é feita Miguel de Godoy acerca da construção e definição do sentido constitucional. O autor considera que o Judiciário possui papel imprescindível na definição da interpretação constitucional e na aplicação da constituição, nada obstante seja a efetivação da Constituição tarefa de todos os atores sociais e não apenas dos juízes e das Cortes constitucionais (GODOY, 2015, p. 103). Corroborando com essa óptica, o Min. Luiz Fux, relator da ADI nº 5.150/DF, reconheceu explicitamente que a interpretação do sentido e do alcance do texto constitucional não deve ser vista como um privilégio restrito ao Supremo Tribunal, numa leitura da separação de poderes dissonante da realidade. Seu argumento caminha no sentido de que as declarações do STF, em que pese vincularem as partes do processo e finalizarem uma rodada procedimental, não põem fim, de modo definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo. Como explana o ministro:

Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas (...) Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória (STF. ADI nº 5.150/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Plenário. Data de Julgamento: 01/10/2015).

Em obra dedicada à análise da hermenêutica constitucional, Peter Habberle acrescenta que no processo de interpretação constitucional “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13). Para o autor, a interpretação constitucional é elemento de uma sociedade aberta e elemento constituinte dessa mesma sociedade, de modo que não só os intérpretes jurídicos ou os participantes formais do processo constitucional devem tomar partido dela, mas, sim, todas as potências públicas, participantes materiais do processo social (HÄBERLE, 1997, p. 13-14). Trata-se, pois, de transitar de uma exegese fechada para uma outra ampla e multifacetada.

De igual modo, Gilmar Mendes e Paulo Branco asseveram que, diante do déficit de legitimidade democrática inerente ao *judicial review* na interpretação autêntica da Constituição, ganham relevo os “esforços compensadores” em prol de “uma visão republicana e democrática

da interpretação constitucional, por uma fórmula jurídico-política centrada na tese de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta da sua Lei Fundamental” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 163-164).

Na tentativa de delinear quem - ou quais - seria os garantidores da supremacia constitucional, pormenorizados são os ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, os quais apontam cinco respostas ao dilema: o legislador, os representantes do Executivo, o Judiciário, a Corte Constitucional e “todos” (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 47-50).

De acordo com esses autores, ao Legislativo caberia garantir a supremacia do texto constitucional sob um duplo viés: primeiro, na sua atuação, uma vez que os limites do poder de legislar e do processo legislativo são regulamentados pela Constituição; como também na concretização e implementação dos programas constitucionais. Advertem, no entanto, que a exclusividade do legislador na determinação do que seria ou não constitucional poderia ser abusiva, uma vez que, nesse caso, a vontade dos parlamentares seria transformada em vontade definitiva e de todos (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 48).

Sob outra perspectiva, poderia ser atribuído aos chefes do Executivo, principais autoridades estatais, o dever e a capacidade de fazerem respeitar o texto normativo, notadamente porque, pelo princípio da separação dos poderes, os demais poderes seriam os mais indicados para realizar o controle da produção normativa do Legislativo. Quanto ao Judiciário, os autores entendem que o papel mais importante entre todos os possíveis guardiões da Constituição é o desempenhado pelos órgãos judicantes, uma vez que cabe aos julgadores decidir definitivamente sobre controvérsias em relação à interpretação e aplicação do direito. Nessa mesma linha, a Corte Constitucional concentraria a referida competência numa única autoridade, a fim de evitar discrepâncias de entendimento (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 48-49).

Por fim, entendem os autores que a exclusividade de interpretação atribuída aos referidos Poderes poderia induzir a erro, considerando que não deve ser dada preponderância a um em detrimento dos demais. Desse modo, independentemente das normas derivadas do texto constitucional, pelo princípio da supremacia constitucional, todas as autoridades estatais deveriam velar pela correta aplicação da Constituição. Ainda, caberia também aos cidadãos, mediante atuação política, conferir estabilidade à Constituição, ao impedir práticas ofensivas ao texto constitucional. Esse dever dos cidadãos, no entanto, possui um significado apenas simbólico (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 50).

Por razões didáticas e em razão do objeto deste trabalho, não se adentrará na abertura do diálogo à sociedade e ao executivo, embora se reconheça a importância democrática correlata à participação desses sujeitos na definição do sentido constitucional. O objetivo aqui é mais modesto, mas não menos relevante, uma vez que envolve as instituições que, ultimamente, se encontram no centro do debate a respeito do assunto.

A versão escrita da prova oral de erudição, para professor da Universidade de São Paulo, de Virgílio Afonso da Silva, atualmente professor titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da referida Universidade, publicada em forma de artigo na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, apresenta reflexões valiosas acerca da interpretação constitucional, da separação de poderes, da democracia, dos direitos fundamentais, etc. Ao explicar o assunto, Virgílio da Silva, avesso ao maniqueísmo demonstrado pelas expressões “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”, propõe uma continuidade de arranjos institucionais que superariam tal contraposição generalizante.

A abordagem gira em torno da ideia de democracia deliberativa. Segundo Virgílio da Silva, o foco dessa discussão envolve a atuação do Legislativo, do Executivo e da sociedade civil organizada, sendo o Judiciário, paradoxalmente, relegado à segundo plano, já que comumente considerado como antidemocrático e antideliberativo. No entanto, na concepção desse autor, existe um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito à relação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas (SILVA, 2009, p. 204-209).

Segundo Ferejohn e Pasquino, citados por Virgílio da Silva, quando se visualiza o controle de constitucionalidade como uma parte estrutural do processo legislativo, a diferença principal entre esses dois modelos de interpretação constitucional contrapõe-se entre duas formas distintas de deliberação: a deliberação interna e a deliberação externa. A deliberação interna envolve o intercâmbio de argumentos no interior de um grupo, a fim de que a decisão seja coletiva e consensual em uma determinada direção. De outro lado, a deliberação externa consiste na tentativa de persuadir os atores externos ao grupo. No âmbito dos tribunais, portanto, a deliberação interna compreende a troca de argumentos entre os juízes do próprio tribunal e a deliberação externa se relaciona com o fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele (FEREJOHN; PASQUINO, 2002 *apud* SILVA, 2009, p. 209-210).

No entender de Virgílio da Silva, no entanto, as deliberações referidas não devem ocorrer somente nas formas descritas, já que incompatíveis entre si (SILVA, 2009, p. 211). Em sua concepção, do ponto de vista da deliberação interna, no exercício do controle de constitucionalidade, os tribunais devem atuar de maneira clara, objetiva, institucional e, sempre

que possível, única, a fim de que se alcance uma decisão institucional. De outro lado, do ponto de vista da deliberação externa, “que seria sobretudo o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país”, o diálogo dispensa a fragmentação da deliberação ou a desagregação argumentativa - características da deliberação externa - e deve ser fomentado, na realidade brasileira, através do diálogo constitucional entre os poderes (SILVA, 2009, p. 211-212).

No que toca ao diálogo entre os poderes constitucionais, haveria, segundo o autor, um potencial inexplorado no diálogo entre Judiciário e legislador envolvendo a superação legislativa, a qual supera a noção de controle de constitucionalidade visto enquanto um ato isolado que submete leis à guilhotina anuladora do Judiciário (SILVA, 2009, p. 212). Nessa esteira, Virgílio da Silva aponta três aspectos envolvidos nessa interação entre os poderes que seriam salutares ao diálogo constitucional. O primeiro diz respeito ao valor do debate, uma vez que a nova decisão do tribunal, em sentido contrário ao das intenções do legislador, cria um “ônus deliberativo”, cujo desafio de superação é maior. Além disso, o diálogo desacelera o debate político, fazendo com que decisões legislativas circunstanciais possam ser revistas, diante de ponderados argumentos de um tribunal constitucional. Do ponto de vista do segundo aspecto, também haveria um “ônus político” na superação que os legisladores, poucas vezes, estão dispostos a enfrentar, notadamente nos casos de profundo desacordo social.

Por fim, o terceiro aspecto envolve a determinação da última palavra ao legislador ou ao Judiciário. Nesse ponto, de acordo com o autor, seria equivocado compreender o controle de constitucionalidade como “processo apenas no sentido jurídico-formal da palavra, ou seja, apenas no sentido dado pelo direito processual” (SILVA, 2009, p. 213-214). Ao contrário, ao conceber o controle de constitucionalidade como um processo dialógico e aberto, os novos argumentos, seja por parte do legislador, dos tribunais ou da sociedade civil, seriam absorvidos pelas decisões tomadas pelas instituições.

Apontando perspectivas para o aperfeiçoamento do diálogo no Brasil, Virgílio ressalta que o modelo brasileiro é de extrema deliberação externa, dada a ausência de trocas de argumentos entre os Ministros das Cortes, já que cada um deles leva seu voto pronto para a sessão; a inexistência de unidade institucional e decisória, uma vez que o resultado é a soma dos votos individuais; e a carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal (SILVA, 2009, p. 217).

Nesse cenário, para que se busque aprimorar o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade a partir da moldura atual, sem importar modelos próprios da experiência estrangeira, três considerações são feitas por Virgílio da Silva. A primeira delas se refere à forma de deliberação dos tribunais, notadamente a Suprema Corte, cuja deliberação representa a soma de onze vozes dissociadas - não do tribunal como um todo - que não realizam concessões mútuas ou encontram um consenso entre si. Assim, para que a Suprema Corte seja vista como um local privilegiado da deliberação e da razão pública, a sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, alcançada pelo fomento ao diálogo interno (SILVA, 2009, p. 219-220).

A segunda consideração se relaciona com a sintonização de posições extremas, a qual somente é alcançada através da superação de radicalizações, tais quais: “todo o poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador”, através da busca pela construção de um diálogo entre poderes. Tanto assim o é que a superação desse maniqueísmo pressupõe o Judiciário como detentor da “última palavra provisória” sobre o assunto. Assim, sob a perspectiva de John Rawls, “o poder final não pode ser deixado para o Poder Legislativo, mas também não para o Poder Judiciário” (RAWLS, 1993 *apud* SILVA, 2009, p. 220), de modo que a decisão final sobre o sentido constitucional deve ser compartilhada pelos Poderes em conjunto, cuja relação pressupõe uma relação harmoniosa e dialógica.

A terceira e última consideração aponta para a desnecessidade de grandes pacotes constitucionais ou legislativos que alterem o controle de constitucionalidade brasileiro. Seria exigível, tão somente, uma mudança gradual acerca do controle de constitucionalidade, qual seja: o abandono da já mencionada “visão guilhotina”, a partir da qual se entende o controle judicial de constitucionalidade como um conjunto de atos processuais predeterminados a guilhotinar o ato normativo questionado. Essa visão enraizada no imaginário jurídico amesquinha o controle de constitucionalidade brasileiro (SILVA, 2009, p. 221).

A despeito da possibilidade de interação conflituosa que surge da relação entre o Legislativo e o Judiciário, Godoy pondera que os Poderes, as instituições e a sociedade atuam e reagem “em espaços públicos formais e informais de comunicação, dentro dos autos e fora deles”, de maneira a permitir uma troca necessária e saudável na construção do sentido constitucional, razão pela qual a “ideia de que a última palavra sobre a Constituição deve caber ao Poder Judiciário ou, de forma oposta, ao Poder Legislativo” deve ser desconsiderada (GODOY, 2015, p. 149). Nesse sentido, Godoy ilustra que

É preciso abandonar essa leitura dicotômica e apostar em uma perspectiva teórico-prática radicalmente democrática, segundo as virtudes e capacidades de cada um dos atores, de tal forma que a interação entre eles seja, ainda que conflitiva, dialógica. Por isso a disputa pela última palavra sobre a Constituição é não apenas contraproducente, mas sobretudo equivocada. No exercício de uma jurisdição constitucional democrática, a supremacia judicial não tem lugar e a atuação de juízes e cortes é melhor desempenhada e compreendida a partir de suas virtudes e capacidades (GODOY, 2015, p. 149).

Nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Branco, há uma necessidade de viragem radical na interpretação constitucional que seja levada a cabo pela e para a sociedade aberta, e não apenas pelos operadores oficiais da Constituição. Como notam os autores, no contexto do Estado Democrático de Direito, a leitura da Constituição deve ser realizada no âmbito de um processo verdadeiramente público, através de um diálogo jurídico do qual participem os diversos atores sociais, uma vez que todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na Constituição os seus direitos e obrigações (MENDES; BRANCO, 2012, p. 164).

No mesmo sentido são as lições de Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto ao justificarem a necessidade de um intercâmbio entre os aspectos potenciais e as limitações de cada ramo do governo na solidificação do Estado Democrático de Direito, cuja construção é contínua e sem horizonte final pré-definido, notadamente diante da contemporânea questão dos desenhos institucionais (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 186-189).

É de se considerar, então, que a atribuição do monopólio da interpretação constitucional a um único Poder desprestigia o caráter múltiplo dos valores fundamentais, além de reduzir o debate à *expertise* incompleta de uma ou outra instituição na construção do sentido constitucional. Com efeito, a adesão ao projeto dialógico desperta novas ideias, endossa outras perspectivas e dinamiza o entendimento acerca dos objetivos que o texto constitucional abarca e busca efetivar. Dessa forma, a atribuição da competência a um único Poder, seja ele o Judiciário ou o Legislativo, engessa o potencial ativo e a pluralidade dos demais poderes, impedindo a reanálise da questão de outro ponto de vista.

Feitas essas explanações e a partir da ideia de que não há uma última palavra definitiva a respeito da Constituição, mas, sim, uma definição provisória, o próximo tópico cuidará de analisar a relação entre a superação de entendimento da Suprema Corte pela via legislativa e o fenômeno conhecido como *backlash*.

4.2 REAÇÃO LEGISLATIVA E *BACKLASH*: BREVE ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O capítulo anterior reservou-se a analisar as formas de interação entre o Judiciário e o Legislativo, dando ênfase ao estudo da atuação do Legislativo, por meio do Congresso Nacional, no exercício de sua função típica legiferante, na edição de leis e Emendas Constitucionais, com o intento de reverter entendimento alcançado pelo Supremo Tribunal.

Segundo Soraya Lunardi e Dimitri Dimoulis, a reedição, com ou sem modificações, de ato normativo com conteúdo outrora censurado, é representativo da expressão de discordância tanto jurídica quanto política do Legislativo em face da declaração judicial de inconstitucionalidade, na busca de um consenso com o Judiciário. Os autores avaliam que a postura do legislador pode ser compreendida sob um duplo olhar: o primeiro enquanto recalitrância à orientação da Corte, cuja função seria a de interpretar por último a Constituição; o segundo enquanto exercício legítimo de suas competências na interpretação constitucional, de sorte que não haveria uma “última palavra” sobre a Constituição (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 172).

Ao proclamar a inconstitucionalidade no exercício de suas funções e ao criar leis que considere adequadas, o Judiciário e o Legislativo, respectivamente, agem nos limites das competências outorgadas pelo próprio texto constitucional. Assim, em que pese seja editada uma lei ou ato normativo contrário ao entendimento da Suprema Corte, há de se considerar que as relações entre as funções estatais tradicionais, mesmo quando imbricadas em decorrência da fragilização das funções do governo ou até mesmo de eventual incapacidade³¹ para realizar as promessas contidas no projeto constitucional, são circunstâncias inevitáveis na busca de satisfação de interesses individuais e coletivos.

É dessa perspectiva que será aprofundado o conceito de *backlash*. O termo corresponde à definição de uma reação contrária a alguma medida adotada em forma de resistência jurídico-política de considerável intensidade. De acordo com Robert Post e Reva Siegel, o termo foi inicialmente utilizado para caracterizar a reação violenta de grupos unidos por uma relação de

³¹ Para ir além, no entender de Miguel de Godoy, “saber de suas capacidades e limitações para lidar com essas especificidades é não apenas necessário, mas fundamental. Dessa forma, a depender do caso e das circunstâncias, juízes e cortes devem ter uma atuação contida, com certa deferência, em relação às decisões dos outros Poderes, especialmente quando estas se baseiam em aspectos técnicos alheios ao mundo jurídico. Em contrapartida, dependendo das circunstâncias e do caso, juízes e cortes podem também afastar uma postura deferente e exigir uma resposta mais robusta, a fim de que os critérios técnicos satisfaçam exigências mais substantivas e fundadas na Constituição” (GODOY, 2015, p. 146).

base no momento de aplicação de certa postura desalinhada dos seus interesses (POST; SIEGEL, 2007, p. 389). Pode ser identificada como o produto de alguma manifestação contrária às reivindicações sociais, a exemplo da reação social, após a organização do movimento feminista, por parte dos que se sentiam ameaçados pela aspiração à igualdade de direito pelas mulheres.

Na definição de George Marmelstein, o *backlash* pode ser então entendido como “reação adversa não-desejada à atuação judicial (...) literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”. O referido contra-ataque geralmente ocorre de forma recalcitrante através, especialmente, da revisão legislativa de decisões controversas, quando a vertente ideológica subjacente ao objeto da controvérsia judicial desagrade uma coletividade definida e a faz despertar. É dizer: tendo a decisão judicial um caráter conservador, a reação política advirá de setores progressistas; por outro lado, se a decisão é de tendência progressista, a reação virá dos setores mais conservadores (MARMELSTEIN, 2016, p. 3-4).

Para o autor, o efeito *backlash* desenvolve-se conforme a lógica seguinte: o Judiciário profere uma decisão liberal sobre matéria sensível e adota posição vanguardista na guarda dos direitos fundamentais; em seguida, tal decisão sofre ataques de grupos conservadores que apelam para o viés emocional. As críticas direcionadas à decisão provocam uma mudança na opinião pública capaz de influenciar a opção política dos eleitores, de modo que os candidatos de oposição, aderentes ao discurso conservador, ganham espaço e respaldo político, sagrando-se vencedores na disputa eleitoral. Assim, ao vencerem as eleições, o agrupamento conservador passa a aprovar leis, face ao poderio político que possuem, influenciando até mesmo na composição do Judiciário, abrindo-se espaço para mudança de entendimento dentro dos tribunais. Ao fim, abre-se a possibilidade de “um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão” (MARMELSTEIN, 2016, p. 6-7)³².

³² O autor ainda acrescenta que o produto do efeito *backlash* pode gerar dúvidas sobre os seus benefícios para a democracia, uma vez que “(...) por conta do backlash, surge uma zona de incerteza sobre os desdobramentos políticos do debate, e isso pode afetar a aceitação social de uma linha mais progressista para a questão de fundo. Por conta disso, mesmo aqueles que advogam teses progressistas devem ter consciência dos riscos decorrentes da imposição forçada de uma solução pró-direitos fundamentais na via judicial”. Nada obstante, assevera que “não é possível concluir que o mero risco de uma reação política conservadora seja, por si só, motivo suficiente para justificar o abandono da arena judicial como espaço de luta para a implementação de direitos. Trata-se, sem dúvida, de um fator a ser levado em conta no planejamento dos litígios estratégicos dos direitos, mas não um fator decisivo e absoluto” (MARMELSTEIN, 2013, p. 7-9).

Do ponto de vista teórico, de acordo com Carlos Bolonha, Fabrício Ganem e Bernardo Zettel, a concepção emergiu da teoria constitucional norte-americana por duas razões: para expor a tensão entre a política e o Direito, como também para amparar os anseios de legitimidade democrática da Suprema Corte americana. Assim, à luz do constitucionalismo democrático, o fenômeno é analisado como enfrentamento do legislador às decisões judiciais em âmbito constitucional, cuja prática, levada a cabo pela opinião pública, busca influenciar na definição de sentido das normas constitucionais, com vistas a conferir maior grau de legitimidade democrática à jurisdição constitucional (BOLONHA; GANEM; ZETTEL, 2013, p. 186-187).

Já Vanice Regina Lírio do Valle destaca que “no plano coloquial, a palavra *backlash* tem como significado primário um súbito e intenso movimento de reação, em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento” (VALLE, 2013, p. 5). No seu entender, a concepção inicial do fenômeno toma como premissa os ideais da física newtoniana, segundo a qual para toda força de ação que é aplicada a um corpo, surge uma força de reação em um corpo diferente e em sentido contrário. Assim, as mudanças expressivas de práticas sociais já assentadas possuem a capacidade de gerar uma reação social ou institucional de mesma ou maior intensidade.

Acrescenta a autora, ainda, a partir das lições de Linda Krieger, que esse movimento em sentido contrário pode vir a atingir grupos diretamente relacionados com o objeto da modificação social, bem como instituições que não se pretendia desestabilizar com a referida mudança (KRIEGER, 2001 *apud* VALLE, 2013, p. 9). Assim, defende a autora que, quanto maior a quantidade de “reatores”, maior será a potencialização do dissenso, cuja consequência natural será a difusão do debate “pela sociedade, em manifestações públicas ou de suas estruturas organizadas de vocalização (...); seja por intermédio do próprio Legislativo, num fenômeno que no universo doutrinário brasileiro é conhecido como “correção legislativa das decisões judiciais” (VALLE, 2013, p. 10).

No Brasil, o efeito *backlash* costuma ser identificado na reação política ao aumento do protagonismo judicial (MARMELESTEIN, 2016, p. 11). Em entrevista oferecida ao BBC News sobre a descriminalização do consumo da maconha, o Min. Luís Barroso aponta, por exemplo, que se o STF decidir pela descriminalização das drogas, sem convidar a sociedade para debater sobre o assunto, corre-se o risco de haver uma reação generalizada que dificulte o respeito e o cumprimento da decisão, o que os autores americanos chamam de *backlash*. Relembre-se que no julgamento da ADPF 18/DF, a Suprema Corte julgou procedente o pedido contra a proibição

de manifestações públicas em defesa da descriminalização do uso de drogas, como é o caso da Marcha da Maconha. Para o Ministro, a opção pela descriminalização de apenas algumas drogas não se trata de uma posição conservadora, mas, sim, de uma escolha pela produção de um avanço consistente nesse debate.

No campo judicial, o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF em maio de 2011, provocou, no campo político e social, a reação de alguns congressistas e de setores da sociedade civil organizada. Tanto assim o é que o Projeto de Lei nº 6.583, apresentado em outubro de 2013, define em seu art. 2º a entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**³³, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, contestando normativamente o entendimento adotado pela Corte que conferiu interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88.

Outra questão polêmica na qual a Suprema Corte foi chamada a se pronunciar se refere ao caso do aborto de fetos anencefálicos, no julgamento da ADPF 54/DF. O STF entendeu que a interrupção da gestação nos casos de feto anencefálico, não configura crime contra a vida, cuja conclusão autoriza a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia do feto. Após o pronunciamento do STF, houve um fortalecimento político de grupos mais reacionários³⁴ e simpatizantes ao Projeto de Lei nº 478/2007, o conhecido “Estatuto do Nascituro”, cujo objetivo principal é o de, basicamente, proibir o aborto em qualquer circunstância.

A despeito dos efeitos indesejados do *backlash*, George Marmelstein assevera que o contra-ataque faz parte do jogo democrático, muito embora não deva ser obstáculo à eventual análise jurídica sobre a validade de lei aprovada pelo parlamento, seja ela gerada ou não pelo efeito *backlash*. Com efeito, o *backlash* “não é um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis” (MARMELSTEIN, 2016, p. 18).

Corroborando com esse possível efeito do fenômeno, o Min. Relator Luiz Fux, no julgamento da ADC 29/DF, destaca que a jurisprudência da Corte, na matéria referente à inelegibilidade prevista no art. 14, §9º, da CF/88, tem sido objeto de resistência e crítica pela

³³ O grifo consta no original.

³⁴ Ver matéria sobre as repercussões provocadas pela decisão do STF sobre o aborto de feto anencefálico. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/veja-como-repercutiu-decisao-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acessado em 02 jun 2021.

sociedade civil organizada. Assim, o Ministro afirma que não é possível desconsiderar tal “descompasso” entre a sua jurisprudência e a forte opinião popular a respeito do objeto da Lei Complementar nº 135/2010, a “Lei da Ficha Limpa”. O ministro asseverou em seu voto que a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular, razão pela qual, do seu ponto de vista, a Corte deve ponderar as razões expostas pelos atores sociais, para, enfim, proferir sua decisão.

Assim, é possível afirmar que tais desacordos podem ser vistos como uma condição para o fortalecimento da democracia, sendo a Suprema Corte uma instituição com aptidão para desempenhar o papel essencialmente democrático que lhe foi outorgado, ao decidir casos polêmicos através do incentivo ao diálogo e na busca pela coesão da opinião pública na construção do sentido constitucional. Na defesa do diálogo como estratégia possível na construção da decisão judicial, Vanice do Valle afirma que o efeito *backlash* parece apontar num caminho traçado pela consolidação do Estado Democrático de Direito, haja vista envolver o investimento na faceta participativa das escolhas públicas, uma vez normalizado o seu caráter representativo (VALLE, 2013, p. 13).

Conforme apontado pela autora, a naturalização do efeito *backlash* conduz ao reconhecimento de que o dissenso é uma manifestação válida e qualificada e como tal, deve ser facilitada a sua propagação. Isso porque, consoante explana, a divergência num ambiente democrático é capaz de difundir um ponto de vista antes não considerado ou, mesmo que considerado, não tenha sido atribuída a devida relevância, sendo, pois, um elemento de permeabilidade desejável na discussão sobre o efetivo da decisão proferida pelo Judiciário, como também da lei editada pelo Legislativo (VALLE, 2013, p. 16).

Considerando esse desdobramento do fenômeno, adverte Vanice do Valle que a descoberta do sentido da Constituição não se limita ao teor de uma única decisão, cuja revelação se desenvolve através do diálogo constitucional permanente, “sem o que se teria o risco de uma dissociação entre o Texto e a sociedade que ele pretende conformar” (VALLE, 2013, p. 18-19). Em sentido contrário, entendendo que o fenômeno visa alterar a estrutura e funcionamento da Suprema Corte, sendo, pois, prejudicial à implantação de um Estado de Direito, Rodrigo Brandão assevera que a reversão da jurisprudência da pelo Legislativo, em especial, acaba por debilitar a possibilidade de os juízes aplicarem imparcialmente o Direito, implicando na “colonização do direito pela política, aniquilando a sua pretensão de impor limites jurídicos ao poder político” (BRANDÃO, 2015, p. 9).

Expostas essas compreensões, o tópico subsequente apresentará o diálogo institucional como uma possibilidade de a interpretação constitucional não ser fruto da decisão de apenas um só poder, mas de todos em articulação, notadamente o Legislativo e o Judiciário, numa dinâmica que fomente um processo interpretativo constitucional mais amplo, aberto e representativo da vontade da maioria.

4.3 DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO: UMA NOVA PERSPECTIVA NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL

Para fins deste trabalho, até aqui se entendeu que a possibilidade de superação legislativa de decisões proferidas pela Suprema Corte contribui para a percepção do controle de constitucionalidade de leis como um instrumento que fomenta o diálogo e não como um ato isolado que submete leis à guilhotina anuladora do Judiciário, ressalvados, por óbvio, os casos de incompatibilidade do ato normativo com a Constituição.

Considerando que após a manifestação, seja popular ou Legislativa, acerca de algum entendimento pronunciado pela Corte é aberta a oportunidade de reflexão sobre as nuances que advêm da própria evolução da sociedade, defende-se que, nos casos de reação legislativa, os membros do STF terão ao seu alcance novos dados e uma nova perspectiva impossíveis de serem ignorados quando da análise da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Com efeito, o presente tópico busca demonstrar, a partir das contribuições dos diálogos institucionais, que a interpretação constitucional permeável ao dissenso, cujo processo de análise e deliberação toma novos pontos de partida, fomenta uma dinâmica de interação dialógica e cíclica entres os poderes, evitando que o sentido da Constituição seja construído a partir de um único ponto de vista.

4.3.1 Diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário: conceito, teorias e contribuições

Em consulta ao Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, o termo “diálogo”, substantivo masculino, significa a conversação entre duas ou mais pessoas; troca de ideias, opiniões que tem por finalidade a solução de problemas comuns. Assim, o diálogo pressupõe a comunicação de mais de um sujeito num intercâmbio de informações a fim de encontrar a resposta para alguma celeuma.

De acordo com Hubner Mendes, o diálogo representa “uma imagem fecunda e expressiva para a política”, sendo um símbolo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, cuja relação horizontal e não hierárquica justifica a tomada de decisão pelas autoridades (MENDES, 2011, p. 155). Em complemento, na concepção de Miguel Godoy, é justamente em razão da pluralidade de conteúdo dos direitos e do processo democrático de tomada de decisão que exsurge a necessidade de diálogo e discussão acerca da coexistência dos problemas (GODOY, 2015, p. 105).

José dos Santos Carvalho Filho afirma que, na busca pelo equilíbrio institucional, os diálogos permanentes entre o Judiciário e o Legislativo, cuja função é harmonizar o exercício da atividade jurisdicional paralelamente à manifestação do Legislativo, permitem a responsabilização conjunta dos juízes e legisladores pela proteção dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2014, p. 172).

Para que seja configurado o diálogo, sob a perspectiva de Sebastián Linares, Ruan Ferreira aponta a existência de três fases concatenadas: o argumento, a resposta e a réplica. Segundo ele, o esquema permite uma resposta do Congresso num diálogo “interorgânico” que poderá desencadear na mudança de opinião por parte dos juízes constitucionais (LINARES, 2008b, *apud* FERREIRA, 2014, p. 101).

Não parece haver dúvidas de que a noção de diálogo entre as instituições subjaz, portanto, os fundamentos da teoria da separação de poderes inerente à divisão interna do poder estatal, a noção de freios e contrapesos e, por fim, a pretensão de equilíbrio e harmonia entre os poderes. Com efeito, a hermenêutica constitucional é atividade atribuída tanto ao Judiciário, quanto ao Legislativo, num sistema dialógico aberto.

A adoção do sistema dialógico foi precursora no Canadá, sendo considerado o mais antigo e mais célebre do mundo (CARVALHO FILHO, 2014, p. 173). A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982, em sua Seção 33, estabelece previsão legal de incentivo ao diálogo, segundo a qual permite ao Legislativo aprovar, por intermédio de uma maioria qualificada, uma lei que, “não obstante”, colida com a declaração de direitos prevista na Constituição.

A chamada “cláusula não obstante” possibilita que a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade exercidos pela Suprema Corte sejam substituídos pela vontade majoritária do Parlamento. Ao invocar a referida cláusula, o Legislativo não busca retirar a

autoridade do Judiciário, mas, sim, encará-lo como aliado no debate sobre determinada posição em relação a uma lei (GODOY, 2015, p. 156). Em arremate, Miguel Godoy explana:

As previsões legais de incentivo aos diálogos, tal qual previsto pela Constituição do Canadá, seriam um exemplo de bom incentivo normativo aos diálogos. Assim, deixasse o Poder Judiciário livre para exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis, mas lhe impõe o dever de estar atento e aberto ao diálogo. Por sua vez, o Poder Legislativo fica ciente de que seus atos podem ser revistos e derrubados pelo Poder Judiciário (GODOY, 2015, p. 160)

Corroborando com essa perspectiva, Victor Ferreira preleciona que a fixação da “cláusula não obstante” na própria estrutura institucional colabora com a ideia de diálogo e debate institucional, especialmente porque evita o monólogo judicial sobre o sentido da Constituição nos moldes norte-americano, como também proporciona o intercâmbio entre a Corte e o Parlamento, através da possibilidade de superação da decisão judicial por parte do Legislativo (FERREIRA, 2013, p. 146-147). O instrumento é, pois, um catalisador do intercâmbio entre os Poderes que não cria uma barreira intransponível para as decisões tomadas pelas instituições.

Depreende-se do caso canadense, no qual o diálogo fora institucionalizado, que as decisões proferidas pelo Judiciário abrem ampla margem de liberdade para uma reação do legislativo. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade “não se torna um veto sobre as decisões políticas, mas o início da conversa no sentido da busca pela reconciliação entre os valores da Carta de Direitos e as políticas sociais e econômicas editadas pelo Parlamento” (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 191-192).

Diálogos institucionais são, pois, mecanismos que conduzem à interação, bem como a cooperação, de mais de uma instituição pertencente a poderes estatais distintos na construção igualitária e horizontal do significado do texto constitucional, sem que uma predomine nessa atividade decisória em detrimento da outra. Tratam-se de meios alternativos às teorias isolacionistas da supremacia judicial e da supremacia legislativa na interpretação constitucional, as quais resgatam uma relação dialógica e dinâmica para fins de fixação do sentido constitucional.

É possível afirmar, portanto, que a adoção de um procedimento dialógico, em sede de jurisdição constitucional, pode possibilitar a superação do caráter contramajoritário das decisões do Judiciário, dado o caráter representativo e democrático dos membros do Legislativo, uma vez que a tomada de decisão seria subsidiada pela legitimidade própria dos Poderes estatais.

Como aponta Roberto Gargarella, as teorias dialógicas propõem acabar com as ressalvas contramajoritárias à revisão judicial em razão da deficiência democrática do Judiciário, afastando-se o risco de prejuízo à democracia constitucional. De acordo com este autor, a adoção de mecanismos dialógicos de diferentes tipos, associadas à atribuição de protagonismo aos órgãos políticos e a criação de espaços de consulta para a coletividade, são iniciativas importantes que, em atenção ao relacionamento dos Poderes, resultam possíveis e valiosas em termos de proteção de direitos, cuja preocupação com a legitimidade democrática do processo de tomada de decisão estimula a difusão aberta e plural do diálogo (GARGARELLA, 2014, p. 145-146).

Dessa óptica, o rompimento com os antigos paradigmas da teoria constitucional tradicional em prol do aprimoramento das relações interinstitucionais, além de fornecer novas opções institucionais, indica soluções para celeumas envolvendo o exercício das funções estatais. Isso porque, ao tentar estabelecer níveis desejáveis de diálogo entre tribunais e parlamento sobre o sentido constitucional, “o novo modelo promete tanto trazer importantes questões de princípio de volta ao debate legislativo e popular, quanto fornecer uma resolução radicalmente direta para as dificuldades democráticas associadas ao controle de constitucionalidade tradicional” (GARDBAUM, 2010 *apud* JÚNIOR, 2012, p. 80).

A prática dialógica é apontada como instrumento na garantia de direitos, para balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática, assim como ferramenta na construção de um processo deliberativo compatível com a complexidade inerente ao conteúdo dos direitos e, por fim, na prevenção à prática judicial ativista (SILVA *et al.*, 2010, p. 102). Contribuindo com esse ponto de vista, Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto destacam que, no que se refere à formulação de decisões de casos controversos, o exercício dos diálogos institucionais contribui de duas formas:

[...] Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 189-190).

A ideia de diálogo institucional ganha relevância no cenário atual ao desfazer a ideia de que cada Poder, por si só, concentra melhores habilidades de conferir significado ao texto

constitucional. Nesse sentido, não se trata de estabelecer limites entre o Judiciário e o Legislativo, mas, sim, aproveitar o que há de melhor em cada uma delas. Mais do que reconhecer que a Corte tem a responsabilidade institucional primária de interpretar a constituição ou que os Congressistas têm liberdade legiferante, dada a natureza representativa e majoritária da sua atuação, os diálogos pretendem, a cada nova manifestação sobre o assunto, elevar o debate a outro patamar, numa dialética salutar à democracia.

O denominador comum das teorias que subsidiam a ideia de diálogo entre os Poderes é a de que a decisão constitucional deve ser elaborada através de um processo compartilhado entre o Judiciário e os demais atores sociais. Nesse sentido, de acordo com Cláudia Fonseca, as teorias dialógicas servem de mecanismos viabilizadores da interação do Legislativo e Judiciário (FONSECA, 2013, p. 50). Já no entender de Hubner Mendes, os denominadores comuns dessas teorias são: a recusa da ideia juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição e a rejeição da existência de uma última palavra pela Suprema Corte (MENDES, 2011, p. 156).

Na tentativa de abordar teorias que aceitam, em alguma medida, os diálogos institucionais, Hubner Mendes ressalta que não há ambição, entre os teóricos, na definição do tipo ideal de legislador ou de juiz, mas, sim, uma pretensão em entender o significado da interação entre as instituições, cuja perspectiva reconsidera as formas tradicionais de revisão judicial e o processo legislativo, asseverando que não se deve pressupor que as instituições estão dialogando de modo amistoso e pacífico umas com as outras (MENDES, 2011, p. 155-156).

As origens das ideias de diálogo institucional existem na literatura americana há muito tempo. De acordo com Hubner Mendes, na década de 60, Bickel falava em “colóquio contínuo” e em “conversa permanente”; já nas publicações das décadas de 70 e 80, Louis Fisher, se referia a “diálogos constitucionais” (MENDES, 2011, p. 156). Historicamente, segundo as considerações de Ruan Ferreira, as teorias dos diálogos surgiram nos países de tradição parlamentarista, diante da pressão internacional após o fim da Segunda Guerra, com o intuito de assegurar a proteção aos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que mantinha a tradição de supremacia parlamentar (FERREIRA, 2014, p. 100).

Do ângulo das teorias normativas dialógicas propriamente ditas, Hubner Mendes aponta que os teóricos não reproduzem, à perfeição, a ideia pré-concebida de diálogo. Limitando-se à análise do diálogo no interior das decisões, o autor estrutura sua explanação com base nas virtudes passivas e ativas da Cortes na relação dialógica. Segundo Mendes, há formas mais e

menos engajadas de diálogo, de modo que há uma variação de grau na postura das Cortes. Quando do exercício das virtudes passivas, a Corte se restringe ao papel de propulsora, catalisadora e supervisora dos direitos fundamentais. Nesse caso, surgem as teorias minimalistas defendidas por Alexander Bickel (1965) e Cass Sunstein (1985). Quando assume postura ativa, em vez de silenciar, a Corte aconselha e manda recados por meio de suas decisões. Nessa hipótese, surgem as teorias maximalistas defendidas por Katyal (1997) e a teoria do constitucionalismo democrático suplantadas por Robert Post e Reva Siegel (2007).

Sucedo, no entanto, conforme adverte Miguel Godoy, que a abordagem exclusivamente normativa falha ao analisar de maneira excessiva somente o papel das Cortes. Assim, segundo o autor, para fins de aprimoramento da perspectiva dialógica, focar somente no papel do Poder Judiciário é ignorar a importância e os deveres dos demais atores nessa relação dialógica (GODOY, 2015, p. 152). Desse modo, uma forma alternativa de visualizar os diálogos interinstitucionais é através das peculiaridades destacadas nesse processo dialógico, sejam elas fruto de uma interação inevitável ou de uma exigência normativa. Sob a perspectiva de Catherine Bateup³⁵, destaca Miguel Godoy que os diálogos podem ser classificados quanto ao método de três formas diferentes: pelo aconselhamento judicial, por meio de medidas processuais e de uma atuação minimalista. Segundo a teoria do aconselhamento judicial, de forma proativa e valendo-se de suas técnicas interpretativas, as Cortes recomendam os poderes políticos ou apontam correções a serem feitas em leis e atos declarados inconstitucionais. No entanto, tal teoria é insuficiente, uma vez que leva em conta apenas a voluntariedade do juiz, fazendo com que o diálogo dependa apenas de sua vontade e postura, o que pode ocasionar na inexistência de diálogo (BATEUP, 2006 *apud* GODOY, 2015, p. 152-153).

Da perspectiva das medidas processuais, surge a teoria centrada no processo, segundo a qual a Corte não aconselha os demais Poderes na sua forma de atuação, mas, tão somente garante que suas deliberações ocorram de forma satisfatória. A teoria entende que a postura da Corte deve ser contida, resguardando-se as regras do procedimento, de modo a deixar maior espaço de atuação para os poderes políticos. Tal abordagem, contudo, não evidencia como a teoria centrada no processo interage com as decisões substantivas tomadas pelos juízes. Já a terceira e última teoria vinculada ao método é a minimalista, a qual determina uma atuação discreta, que seja capaz de decidir caso a caso as controvérsias, fomentando de forma mais fácil

³⁵ Para um estudo aprofundado das classificações das teorias dialógicas, Chaterine Bateup é tida como um dos maiores referenciais sobre o tema. Cf. BATEUP, Christiane. *Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective*. New York University Law School. 2007.

o diálogo interinstitucional e a deliberação (BATEUP, 2006, p. 1.131-1.135 *apud* GODOY, 2015, p. 152-153).

As ideias sustentadas por Christine Bateup demonstram que as teorias dos diálogos interinstitucionais apontam formas alternativas de controle de constitucionalidade das leis, sob uma perspectiva intermediária entre supremacia judicial e supremacia legislativa para a revisão judicial das leis. Diante disso, as teorias mostram, assim, “os limites e as insuficiências das teorias da última palavra e fomentam a possibilidade de coexistência entre parlamentos e cortes, sem que se tenha que escolher necessariamente um em oposição ao outro” (GODOY, 2015, p. 165). Em arremate, nas lições de Rodrigo Brandão, uma modelagem dialógica é capaz de articular o autogoverno do povo e os direitos fundamentais de uma maneira mais proveitosa, uma vez que

[...] (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica (BRANDÃO, 2012, p. 288-289).

Já na experiência brasileira, é possível afirmar que a interação entre os poderes não decorre da vontade específica de um poder, tampouco deriva de algum dispositivo legal, sendo, em verdade, consequência necessária da separação de poderes, do desenho institucional e da cultura política. De dizer, portanto, que a relação entre os poderes é um fato, não uma escolha, havendo, no mais das vezes, um “diálogo silencioso” entre as instituições, conduzido de forma consciente ou não (MENDES, 2011, p. 213-214).

À luz da perspectiva dialógica, a produção do sentido da Constituição é vista enquanto uma tarefa conjunta inevitável que envolve a colaboração de outros agentes políticos para além do Judiciário. A aposta nestas teorias é que com a agregação de entendimentos advindos de diferentes eixos, a dificuldade contramajoritária seria atenuada, dada a participação de todos os atores na construção do significado constitucional. Assim, não se está aqui a elaborar um modelo dialógico cerrado ou abstrato que verse sobre as interações ideais das instituições, dada a dificuldade de sua elaboração. Mais importante que pensar em reformar o ordenamento ou

inserir mecanismos formais de diálogo entre os Poderes é assumir que o diálogo é uma decorrência natural da estrutura e das relações institucionais.

Hubner Mendes, portanto, propõe a localização de parâmetros que permitam avaliar a legitimidade de cada instituição na sua interação deliberativa, para quem “o desafio é demonstrar que, apesar de a *expertise* ser variável importante no desenho institucional, no que diz respeito a direitos, o argumento epistêmico pela supremacia de qualquer instituição é indesejável” (MENDES, 2011, p. 252). O referido autor, na tentativa de conciliar as matrizes da última palavra e do diálogo, sugere a introdução das noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Assim, todos os caminhos percorridos na busca do sentido do texto constitucional têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, encontram um ponto final provisório capaz de se converter em um novo ponto de partida dentro de uma outra rodada (MENDES, 2011, p. 253).

Adverte o referido autor que não se trata de abandonar a ideia de última palavra, mas de situá-la dentro de uma rodada procedimental a partir de um ciclo de intercâmbio institucional, assim, a última palavra “é apenas parte da história, não toda ela” (MENDES, 2011, p. 271). Sem grande esforço normativo, observa-se, portanto, a inevitabilidade do diálogo. Dessa forma, o fato de os Poderes interagirem ininterruptamente, mesmo após últimas palavras provisórias, evidencia que as escolhas institucionais não podem ignorar esses dois eixos: a finitude da rodada procedimental e a sempre possível continuidade da mobilização política (MENDES, 2011, p. 278).

Contribuição semelhante é a de Daniel Oitaven, ao argumentar que a pretensão de definitividade atribuída à última palavra judicial sem o subsídio da interação deliberativa das teorias do diálogo, acaba por fragilizar a noção de *accountability*³⁶ legislativa, a qual mantém o legislador numa posição cômoda de não se preocupar em justificar a presunção de constitucionalidade de seus próprios atos (MIGUEL, 2012, p. 118).

Assim, qualquer modelo binário de relação que envolva a prevalência de um Poder sobre o outro é insuficiente para resguardar, até mesmo, os ideais do Estado Democrático de Direito. Com efeito, à vista do desempenho deliberativo, a interação entre as instituições busca maximizar suas potencialidades em prol da democracia. Afirma, com precisão, Hubner Mendes que

³⁶ O conceito de *accountability* abarca as ideias de “responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo” (PINHO; SACRAMENTO *apud* SANTOS, 2016, p. 17).

A perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, da corte, mas um jogo interativo mais rico e complexo. A inexistência de revisão judicial, por outro lado, estimula uma cultura da soberania do parlamento. A democracia não pode abdicar do julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de suas instituições. Esta não deve se limitar a um critério formal ex ante e não se esgota num cálculo de engenharia institucional, com régua e compasso (MENDES, 2011, p. 298)

Em acréscimo, Hubner Mendes defende que a longo prazo, a interação dialógica interinstitucional oferecerá ganhos cognitivos ainda não percebidos pela tradicional perspectiva constitucional de controle judicial. O autor defende, então, que os Tribunais invistam na imagem de participante desse processo interinstitucional de construção do significado da Constituição, sem se intimidar com a postura ativista quando detentor de um bom argumento, abandonando eventual postura dos membros de tribunal pouco corajosos para desafiar o legislador (MENDES, 2011, p. 321). Assim, a prática do ativismo não representaria a já conhecida atuação enquanto “legislador positivo”, mas, sim, uma provocação de reação dos demais Poderes, ao desafiá-los na busca de um melhor argumento.

Assume-se, portanto, que o equilíbrio entre os Poderes pode ser alcançado por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas, sim, desvendada por meio de constantes diálogos institucionais. Assim, a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados também provisórios e sujeitos a novas interpretações advindas dos atores que compõem a esfera pública. Assim, sob o olhar deliberativo condizente com a democracia, Miguel Godoy ensina que

O desafio é não limitar a Constituição a um único método hermenêutico e nem engessar as instituições segundo uma compreensão rígida e estática de separação entre os Poderes. Ao contrário, é preciso fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente a juízes, cortes e representantes, e mais popular. É preciso fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas, por todos (GODOY, 2015, p. 168).

Desse modo, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação sobretudo da compreensão das funções e da atuação dos Poderes. O desenho institucional brasileiro, como visto no capítulo 2, é dotado de mecanismos cujas contribuições servem de reflexão a aprimoramento dialógico entre as instituições. Assim, a despeito da não institucionalização do diálogo no plano normativo, ele acontece de forma múltipla e peculiar.

É desejável, portanto, que no processo de tomada de decisão, cada instituição apresente as razões pelas quais discorda da interpretação feita pela outra instituição. A título de exemplo, na hipótese de superação legislativa de jurisprudência, na exposição de motivos de uma proposição legislativa, pode ser acrescentada a razão pela qual não se adota a interpretação do Judiciário. Assim, as motivações apresentadas pelo legislador servem como um convite à reflexão por parte dos membros da Corte sobre o tema.

Aliás, o caminho do diálogo é aquele pautado por uma exposição fundamentada de argumentação que indique o porquê da adoção dos fundamentos adotados por uma ou por outra instituição, para que não se incorra na mera sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado. Daí porque a adesão ao projeto dialógico possui uma pretensão prática de que tanto o Legislativo quanto o Judiciário apresentem suas razões e contraponham os seus argumentos. Postas as coisas dessa maneira, o padrão de interação institucional aqui defendido, mais que retórica formal, condiz com um processo democrático, face ao aperfeiçoamento da competência de cada instituição, e possui o intento de concretizar a Carta política em sua máxima efetividade.

Portanto, para que essa participação seja levada à sério, imprescindível que haja, de fato, uma escuta dos Poderes e dos agentes públicos investidos naquela função, no âmbito de suas competências, a fim de que seus argumentos sejam levados em consideração no momento da deliberação, tanto para integrar o fundamento da decisão, quanto para rejeitar eventuais apontamentos.

A possibilidade de um diálogo amplo entre o Legislativo e o Judiciário, longe de representar uma espécie de anarquia interpretativa, pressupõe uma consistência decisória e uma dialética argumentativa, junto à adoção de uma postura autoconsciente e crítica do Legislativo e do Judiciário, com a finalidade de reforçar o potencial democrático do sistema como um todo. O modelo dialógico representa, assim, uma nova dinâmica constitucional, um “caminho do meio” no reconhecimento de eventuais falhas, defeitos e virtudes das instituições na busca do alcance de um patamar deliberativo ideal na interpretação da Constituição que repercuta, com segurança, sobre o comportamento dos indivíduos e grupos sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados ao longo deste trabalho monográfico permitiram constatar que o Estado contemporâneo reclama por uma releitura da teoria da separação de poderes, dada a ampliação e interpenetração das funções do Estado, notadamente porque as fronteiras antes intransponíveis entre os Poderes, além de ser pouco prática, é indesejável e desconsidera as funções híbridas e múltiplas das instituições.

Feito um breve parêntese acerca da divisão das funções estatais, foram apresentados alguns mecanismos de intersecção institucional visualizados no exercício jurisdicional, através dos quais se possibilita um compartilhamento de ideias na definição da melhor interpretação constitucional pelo Legislativo e Judiciário, sem que isso represente uma ofensa à teoria da separação de poderes ou a sistemática de freios e contrapesos.

Em seguida, destacada a possibilidade de superação jurisprudencial pela via legislativa, apresentou-se o fenômeno enquanto oportunidade de a Suprema Corte reanalisar o entendimento de outrora, à luz de uma nova perspectiva e de novo sentido. E assim o é porque a Suprema Corte eventualmente irá controlar a constitucionalidade da superação normativa, de modo que a reversão não representará a última palavra sobre a questão; ao revés, a reversão legislativa representará a abertura ao diálogo constitucional, segundo a qual cada instituição contribuirá com sua específica capacidade institucional.

No âmbito do Direito brasileiro, observou-se a existências de alguns caminhos para a interação entre o Congresso Nacional e o STF, a exemplo de mecanismos positivados no texto constitucional e outros não positivados. Dentre esses mecanismos, encontram-se a inoponibilidade do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ao Legislativo, prevista no art. 102, §2º, da CF/88; o instrumento da suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal, fixado pelo art. 52, X, da CF/88 e a dinâmica da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, disposta no art. 103, §2º, da CF/88.

Vale dizer que os exemplos trazidos não possuíam o objetivo de mostrar que um diálogo genuíno esteja acontecendo, conquanto demonstrem um tipo de interação na qual, em alguma medida, há uma troca de argumentos. Por essa razão, a adoção de processo interpretativo constitucional mais amplo e democrático, pautado pelo diálogo permanente entre as instituições, é tida como uma solução harmônica na superação da dicotomia entre a pretensa supremacia judicial ou parlamentar. Sob esse aspecto, na definição do sentido constitucional,

não haveria um detentor da última palavra, mas a possibilidade de essas instituições atuarem conjuntamente, numa tarefa simultânea e interinstitucional.

É possível defender, portanto, que a adoção de um procedimento dialógico, em sede de jurisdição constitucional, pode possibilitar a superação do caráter contramajoritário das decisões do Judiciário, dado o caráter representativo e democrático dos membros do Legislativo, uma vez que a tomada de decisão seria subsidiada pela legitimidade própria dos Poderes estatais.

O diálogo institucional efetivo entre as instituições é defendido enquanto um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação, sobretudo, da antiga compreensão inflexível das funções estatais, cuja dinâmica atual mostra-se inevitável e interpenetrada. Como cediço, o desenho institucional brasileiro é dotado de mecanismos cujas contribuições servem de reflexão ao aprimoramento dialógico nas relações entre as instituições.

Assim, a despeito da não institucionalização do diálogo no plano normativo, ele acontece de forma múltipla e peculiar. Desse modo, a fim de torna-lo factível no plano prático, é desejável que, no processo de tomada de decisão, haja uma exposição fundamentada de argumentação que indique o porquê da adoção dos fundamentos adotados por uma ou por outra instituição, para que não se incorra na mera sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado.

Há de se ressaltar que este trabalho monográfico, por razões metodológicas, deixou de pautar a premente necessidade de participação direta da sociedade civil na construção do sentido constitucional e conseqüente alcance de padrões democráticos ideais nos processos decisórios, tanto no âmbito do Legislativo quanto do Judiciário. Contudo, não se descarta a possibilidade dessa abordagem ser melhor explorada em pesquisas futuras.

Diante da já demonstrada existência de mecanismos que possibilitam o diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, acredita-se que a adesão ao projeto institucional preocupado com o diálogo efetivo deve ser fomentada pelo debate tanto doutrinário quanto acadêmico, e aceita pelas instituições envolvidas nas deliberações envolvendo a hermenêutica constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALTOÉ JUNIOR, José Egídio. **Reação legislativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE**: análise à luz da teoria dos diálogos constitucionais. 2018. 110 f. Trabalho de conclusão de curso - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.
- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**. Set., 2013.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.
- BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. Parâmetros Deliberativos Para os Diálogos Constitucionais: Razão Pública, Ética do Discurso e Backlash. **In: Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 7, n. 25, p. 170-190, out./dez. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. **In: Jurisdição Constitucional e Política**. 1 edição. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 120-150, 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição no 304, de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Câmara dos Deputados: Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 6.583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Câmara dos Deputados: Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 20 de maio 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 29/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de publicação: 29/06/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Data de publicação: 12/04/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. Rel. Ministro Ayres Brito. Data de publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Rel. Ministro Ayres Brito. Data de publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187/DF**. Rel. Ministro Celso de Mello. Data de publicação: 29/05/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342767/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-187-df-stf>>. Acesso em: 20 de maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Reclamação 2.617**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data de publicação: 20/05/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de publicação: 05/08/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.728/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA**. Relator: Min. Eros Grau. Data de publicação: 03/08/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728766/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2240-ba/inteiro-teor-103114949>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Data de publicação: 03/04/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300922>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Data de publicação: 19/12/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=65730>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.430/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de publicação: 19/09/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807819/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4430-df-stf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BULO, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 51, n. 202, abril/junho, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CHIANELLI, Laila Alves. **O Efeito Backlash à luz da teoria dos diálogos constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pós Graduação Lato Sensu em Direito - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2019. 105 f. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/LailaAlvesChianelli.pdf. Acesso: 01 mar. 2021.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **ADPF: qual a saída do labirinto?**. Blog Os Constitucionalistas, 27 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/adpf-qual-a-saida-do-labirinto>. Acesso em 24 abr. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl - Bahia: JusPodivm, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. **In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 26, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE PRETTO, Pedro Siqueira; DE PRETTO, Renato Siqueira. Intepretação constitucional e limites à reação legislativa. **In: Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro**: um estudo sobre inconstitucionalidade por omissão. 2014. 260 f. Dissertação de mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. **In: Caderno de Ciências Sociais**, n. 15, p. 35-57, 2013.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2017.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution** Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. **In: Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de A. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. 267 f. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HIRSCH, Fábio periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Pernambuco, v.4, 2011.

JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça Dias. **Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes

na aplicação constitucional. Rio de Janeiro, 2012. 112p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira. Estudos de casos**: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009,

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. 05 set. 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/> Acesso em: 18 mar. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MICHAELIS **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/DI%C3%81LOGO/>. Acesso em: 23 de maio 2021.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **A tensão hermenêutica entre os papéis representativos do Legislativo e do Judiciário**: Uma interpretação construtiva do princípio da separação dos poderes. 285 p. 2012. Dissertação. Mestrado em Direito Público – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A teoria do diálogo constitucional e a correção legislativa da jurisprudência no Direito Tributário Brasileiro. **In: Revista de Direito do Estado**, Ano 5, n. 17-18, p. 343-390, jan-jun, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de Constitucionalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage**: democratic constitutionalism and backlash. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANTOS, David Amaral. **Accountability sobre a atuação parlamentar no processo de impeachment de Presidente da República no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pós Graduação Lato Sensu em Direito Legislativo – Instituto Legislativo de Brasília. 2016. 57 f. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535897/TCC_David%20Amaral.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso: 02 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Mariana. **Ministro do STF diz que Brasil deve 'legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real'**. In: BBC Brasil, Brasília, 14 de setembro de 2015.

Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms. Acesso em: 19 de maio 2021.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. 2013. Disponível em:

https://www.academia.edu/5159210/Backlash__do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica?auto=download. Acesso em: 01 mar. 2021.

Veja como repercutiu a decisão do STF sobre aborto de feto sem cérebro. Portal G1, Brasil, Brasília e São Paulo, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/veja-como-repercutiu-decisao-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 02 jun. 2021.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 200f. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da USP.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo: jul-dez/2008, p. 441-464.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 abr. 2021.