

**INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**DIMITRIOS LUIZ LINS PEREIRA CHRISTAKOU**

**REAÇÃO LEGISLATIVA AO TRABALHO DO JUDICIÁRIO:  
A SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOB O  
ENFOQUE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Brasília-DF  
2018

**DIMITRIOS LUIZ LINS PEREIRA CHRISTAKOU**

**REAÇÃO LEGISLATIVA AO TRABALHO DO JUDICIÁRIO:  
A SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOB O  
ENFOQUE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de pós-graduação, como requisito parcial  
para conclusão do curso de Análise de  
Constitucionalidade

Orientador: Victor Marcel Pinheiro

Brasília-DF  
2018

**DIMITRIOS LUIZ LINS PEREIRA CHRISTAKOU**

**REAÇÃO LEGISLATIVA AO TRABALHO DO JUDICIÁRIO:  
A SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOB O  
ENFOQUE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Coordenação do Curso de Pós-Graduação realizado  
pelo ILB, como requisito parcial para obtenção do  
grau de pós-graduado em Análise de  
Constitucionalidade.

Orientador: Victor Marcel Pinheiro

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Orientador Dr. Victor Marcel Pinheiro

---

Professor Avaliador: Dr. Victor Aguiar

NOTA: \_\_\_\_\_

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma reflexão sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade dos Poderes Legislativo e Judiciário, e que na utilização destes surge a reação legislativa. Quando há transferência de decisões de macro política para o Judiciário, mais precisamente para a Suprema Corte, esta ocorre em razão dos outros Poderes assim permitirem, mas a decisão proferida não é intransponível, pois restam espaços para discussão, divergência e alteração da interpretação constitucional estabelecida. O Parlamento tem buscado restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. Apresentamos neste trabalho alguns autores que permitem um subsídio de teorias consagradas no meio acadêmico jurídico, tais como Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, que dão sustentação ao entendimento da prática diária tanto no corpo Legislativo quanto no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Há correntes tanto a favor como contra a uma *review judicial*, que caracterizaria a própria prática do ativismo congressional ou reação legislativa, e que necessariamente exterminaria o monopólio do STF como detentor da última palavra em um processo de constitucionalidade [ou não] de lei, sob a afirmativa de que este é detentor de tecnicismo e prerrogativas de proteger as minorias e de guardar a Constituição. Entende-se que o debate em torno de temas polêmicos faria da sociedade a verdadeira beneficiada, e, para isso, o primeiro passo é compreender que inclusive o STF está sujeito a erros, e, portanto, não estaria este no limiar do processo final, afinal, a Corte é feita de homens e não de deuses, e a sociedade está em constante mudanças e evoluções. Não há como cristalizar, congelar os casos *in concretos ad eternum*, proclamando-os como eternos espelhos a futuras situações. Este trabalho busca transmitir que, em sentido contrário ao ativismo judicial, existe a possibilidade do compartilhamento da autoridade constitucional entre os Poderes. Entendendo ser o Legislativo a “voz da sociedade”, caberia ao Parlamento, quando entender que o alcance de uma Lei não se deu da forma esperada no STF, reformular sob outras propostas, tal como descrito nos incisos da PEC 33/2011, posto que também tem legitimidade democrática, oportunidade de insurgir debates e, assim, modificar a lei em benefício de toda uma nação. A título de evidenciar tal realidade, o trabalho em seu último capítulo apresenta a reação legislativa em casos concretos, caracterizando que, na prática, há uma autocontenção do Judiciário, mas que a possibilidade de o Legislativo superar as posições da jurisprudência é uma realidade, e que, portanto, não deve este ficar passivo para toda e/ou qualquer decisão advinda da Corte. Por meio da análise do Mandado de Segurança nº 32.033/DF, percebe-se que o aparente dualismo entre democracia e supremacia da Constituição não é necessariamente causa de tensão institucional. Conclui-se que o diálogo pode permear o relacionamento entre Legislativo e Judiciário.

**Palavras-Chave:** Controle da constitucionalidade; autoridade constitucional; ativismo judicial; superação legislativa; diálogos constitucionais.

## ABSTRACT

This paper has an analysis on the mechanisms of control of constitutionality of the legislative and judicial powers, and that uses its use, a legislative demonstration appears. When there are rules of decision for the Judiciary, one more word for a Supreme Court, this occurs because of others, which can be used, but are not spoken, but are spaces for discussion, divergence and change, constitutionality closed. The present script has as main theme the STF in the control of constitutionality. Autonomy at work, a subsidy of consecrated theories in the legal academic environment - such as, Ronald Dworkin and Jeremy Waldron - giving support to the first, non-legislative body, nor in the Brazilian Federal Supreme Court. Is there such a comment as a judicial review, which characterizes the very practice of parliamentary activism or for legislative demonstration, and that the extermination of the STF monopoly as the law-holder? the affirmative, already edited, weakened to new realities of the Brazilian nation, which has a system of control and protection of rights as minorities and guarantees of constitution. It is understood that the debate of polyemic themes, opportunizing in the hypotheses already treated [in PEC 33/2011] would make of the Beneficiary Society, and is the first step that is included the STF is subject to errors - and thus, the house does not limit itself to the final process, the after all, the house is made of men and not of gods, it is a constantly changing society and evolutions. There is no way to move, to freeze the cases in concrete and eternal, to proclaim themselves as eternal mirrors to future situations. The paper wants to convey, in a sense contrary to judicial activism, that there is the possibility of making the party of constitutional authority among the Powers. The legislature understands the "voice of society", "fit parliament", "reformed parliament" like the others, PEC 33/2011 - since it has a democratic legitimacy, an opportunity to instigate debates and thus modify a law to benefit of an entire nation. The council to evidence this reality, the process in exercise, presents a theory of authority in concrete processes, with a function that in practice, a self-restraint of the judiciary, but which is a possibility of the legislature overcame the situations of jurisprudence is a reality, and Therefore, it should not be safe for the whole session and/or any decision coming from the Court. Through the analysis of the Mandate of Security 32,033/DF, it can perceived that the apparent dualism between democracy and supremacy of the Constitution necessarily a cause of institutional tension. The conclusion of the discussion may permeate the relationship between the Legislative and the Judiciary.

**Key words:** Control of constitutionality; constitutional authority; judicial activism; overcoming legislation; constitutional dialogues.

## LISTAS DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI por omissão	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJ	Data Julgamento
DJe	Data Publicação Internet
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
LC	Lei Complementar
MI	Mandado de Injunção
PMDB	Partido Movimento Democrático
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei Complementar
PMN	Partido da Mobilização Nacional
PPS	Partido Popular Socialista
RE	Recurso
REsp	Recurso Especial
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UCLA	University of California Los Angeles
UDN	União Democrática Nacional

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	12
<b>1.1 A História Explica: expansão do Judiciário, controle de constitucionalidade</b> .....	12
<b>1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade</b> .....	14
<b>1.3 A Jurisdição Constitucional: a atuação contramajoritária do STF</b> .....	15
<b>1.4 Visão Tradicional da Revisão Judicial: STF como detentor da última palavra</b> .....	18
<i>1.4.1 Os Direcionamentos em Ronald Dworkin versus Outros Autores de Posicionamento         Contrário</i> .....	19
<i>1.4.2 Detentor do Monopólio da Última Palavra para a Revisão Judicial</i> .....	24
<i>1.4.3 O diagnóstico de Cass Sunstein e Adrian Vermeule</i> .....	28
<b>1.5 Compreensão dos Efeitos das Decisões Definitivas</b> .....	31
<i>1.5.1 Efeito erga omnes</i> .....	31
<i>1.5.2 Efeito ex tunc</i> .....	32
<i>1.5.3 Efeito vinculante</i> .....	32
<b>2 REAÇÃO LEGISLATIVA – SUPERAÇÃO LEGISLATIVA – ATIVISMO     CONGRESSUAL</b> .....	35
<b>2.1 Override Clause</b> .....	35
<b>2.2 A Interação entre as Esferas do Poder para Definir a Constituição</b> .....	37
<b>2.3 Ativismo Congressual no Brasil: Inexistência de Supremacia Judicial</b> .....	41
<i>2.3.1 As Primeiras Contraposições ao STF</i> .....	41
<i>2.3.2 Supremacia Judicial diferente de Ativismo Judicial</i> .....	43
<b>2.4 Teoria dos Diálogos Constitucionais e Teoria da Construção Coordenada</b> .....	45
<b>2.5 Ativismo Congressual e Reação Legislativa no Brasil</b> .....	48
<i>2.5.1 Formas de Reação Legislativa: lei ordinária e emenda constitucional</i> .....	49
<b>2.6 Posicionamento do STF para a Superação Legislativa</b> .....	52
<b>3 CASOS EM CONCRETO</b> .....	55
<b>3.1 LC 135/2010</b> .....	55
<b>3.2 ADIs 4430 e 4795</b> .....	56

<b>3.3 Mandado de Segurança nº 32.033-DF</b> .....	57
<b>3.4 Situações Tributárias, Trabalhistas e Previdenciárias</b> .....	58
<b>3.5 O Caso da Criação de Municípios</b> .....	61
<b>3.6 O caso Mira Estrela</b> .....	62
<b>3.7 ADI 3.772</b> .....	64
<b>3.8 PEC nº. 33/2011</b> .....	65
<i>3.8.1 Argumentos contra a PEC nº 33/2011</i> .....	67
<b>3.9 ADI 2797</b> .....	68
<b>3.10. Entendimento Síntese dos Casos Expostos</b> .....	71
<b>3.11. Evidências de Diálogos Institucionais</b> .....	73
<b>CONCLUSÃO</b> .....	78
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	82

## INTRODUÇÃO

O Brasil e sua Constituição Federal (de 1988) concedeu ao poder Judiciário o poder de dar a última palavra e decidir questões e temas em processos políticos, sob o entendimento de que este estaria mais tecnicamente provido de maior capacidade para isto. Algumas transformações na sociedade como um todo, o maior acesso à justiça, a judicialização da política, grupos sociais e acadêmicos mais próximos da racionalidade do Direito têm demonstrado que não se pode enrijecer esses entendimentos, posto que se correria o risco de petrificar as transformações sociais, se não houver também mudanças nos processos políticos do país. Este prelúdio é para explicar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação de controle concentrado, quando da complexa construção da Constituição, não tem exclusividade, como inicialmente pode-se pensar muitos juristas, doutrinadores e políticos, mas que esta missão está sob as bases da democracia, representada pelos três Poderes da República. Dessa forma, estarão os três poderes incumbidos de interpretar e aplicar corretamente a Constituição, e para que se torne mais efetivo, precisam estar em cooperação para uma prática real de um diálogo institucional.

Partindo dessa concepção, o primeiro passo seria superar antigos dogmas, tais como o fato de que a última palavra é a do Supremo ou, ainda, que o Supremo teria o direito de errar. Em verdade, quando se trata de materializar os valores constitucionais, a nenhum dos Poderes é conferido o direito de errar e sim de ter a última palavra provisória. A possibilidade de superação de decisões constitucionais do STF tem confirmado no Brasil a aplicação da *teoria dos diálogos constitucionais*.

A construção de afirmativa sólida a tal entendimento pressupõe que se supere a tendência das doutrinas de supremacia judicial. Com efeito, os adeptos da supremacia judicial tendem a enfatizar os riscos de as emendas constitucionais superadoras de decisões do STF instituírem uma tirania de maiorias parlamentares com efeitos deletérios aos direitos das minorias. Entretanto, os críticos da supremacia judicial sustentam que a impossibilidade de aprovação das referidas emendas implicaria em um engessamento dos entendimentos constitucionais do STF, circunstância que daria azo a um aristocrático “governo de juízes”. Por isso, conceder ao STF o direito de “dar a última palavra”, acerca da interpretação constitucional, além de causar o negativo fenômeno da “fossilização da Constituição”, em que o Legislativo ficaria prejudicado no exercício de sua atividade típica, seria um incentivo à proliferação do autoritarismo do Judiciário (espécie de abuso de direito). A forma de

contenção dessas posturas é o ativismo congressional, que conteria o ativismo jurídico exacerbado.

O Poder Legislativo pode, por meio de um novo processo Legislativo, reeditar uma lei, ainda que o STF já tenha pronunciado anteriormente a respeito daquela matéria em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como inconstitucional os parâmetros na [1ª] lei apresentados. A reação legislativa funciona como um *contra-ataque* do Congresso Nacional, com o objetivo de reverter situações de autoritarismo Judiciário [ou deliberações sem o alcance desejado de entendimento a respeito do tema expurgado pelo STF] e *oxigenar* o sistema jurídico-normativo. Dessa forma, pode o Legislativo editar uma emenda constitucional ou até uma lei ordinária, com o objetivo de superar o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte já firmado.

Pode ser que o STF declare a nova norma inconstitucional, reiterando seu posicionamento anterior; no entanto, pode ser que a Suprema Corte, diante de novos argumentos jurídicos e de uma nova realidade social, decida modificar seu entendimento anterior, ratificando a constitucionalidade da nova lei. Assim ocorrendo, vislumbra-se a necessária *oxigenação do Direito*, este fenômeno que se torna vital, notadamente diante da velocidade da mudança das relações sociais no mundo contemporâneo. A *superação legislativa da jurisprudência* constitui importante instrumento democrático de realização da Constituição por meio do Poder Legislativo e comprovação do funcionamento do “*checks and balances*” para harmonizar e equilibrar os Poderes da República.

Na hipótese de efetiva reversão jurisprudencial, precedida por lei ordinária, o STF tem entendido (ADI 5.105/DF) que a lei nova nascerá com *presunção relativa de inconstitucionalidade*, cabendo ao Poder Legislativo o encargo de demonstrar com argumentos consistentes que a alteração da jurisprudência se afigura legítima e necessária. Trata-se de uma verdadeira situação de *mutação constitucional pela via legislativa*. No caso de superação legislativa da jurisprudência pela via da *emenda constitucional*, entende o Supremo Tribunal Federal que a invalidação da referida espécie legislativa somente poderá ocorrer se a nova lei ofender alguma cláusula pétrea ou desrespeitar o devido processo Legislativo.

O Plenário do STF, quando do julgamento das ADIs 4430 e 4795, tinha se pronunciado sobre a possibilidade do ativismo congressional. Veja o que dizem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, citados pelo Min. Luiz Fux em seu voto:

[...] não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. [...] É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF. As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.

Diante do exposto, surge a seguinte questão para o problema de pesquisa: O Congresso tem se utilizado da *reação congressional* para a superação da jurisprudência do STF por meio do diálogo institucional?

Poder-se-ia dizer como hipótese a esta questão, que o Congresso Nacional tem utilizado de forma tímida seu poder de persuasão por meio do *ativismo congressional* gerando um vácuo para o crescimento do *ativismo Judiciário*. Ou como hipótese também ao afirmar que em algumas das demonstrações de *reação legislativa*, tem-se obtido o efeito de maturação da jurisprudência do Judiciário, e por isso, seria benéfico ou justificável a participação do Poder Legislativo nesta evolução da jurisprudência por meio da atividade legislativa.

O estudo tem por objetivo discutir a rigidez da interpretação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário versus o quanto o Poder Legislativo tem se mostrado um participante na formação da Constituição. Daí insurgem os seguintes objetivos específicos: apresentar a *reação congressional* como medida a mais na construção [constante] da Constituição do Brasil; discutir os efeitos da *reação congressional* diante da jurisprudência do STF, e identificar os resultados efetivos quando da contestação a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Faz parte ainda dos objetivos específicos, se o Congresso tem conseguido influenciar e convencer o Judiciário quanto à evolução de sua jurisprudência, e assim, justificar o trabalho. Apesar de se reconhecer a importância do estudo dessas questões, não há no Brasil muitos questionamentos acerca do STF ser realmente o *intérprete final do texto*

*constitucional*, bem como trabalhos que evidenciem o espaço legal para uma atuação do Poder Legislativo na construção da Constituição. Por este motivo, este trabalho justifica-se na promoção de efetivar uma revisão bibliográfica com fulcro em artigos, projetos de lei e jurisprudências reformadas, de forma que promova as formas de relacionamento interinstitucional.

O STF, ao analisar as ações diretas de constitucionalidade ou as ações diretas de inconstitucionalidade, estará tomando uma decisão que refletirá diretamente na norma, declarando sua validade ou invalidade, o que atinge a todos. Portanto, a sua decisão influirá diretamente no ordenamento jurídico, por isso é caracterizada como “sentença judicial com força de lei”, pois os efeitos daí decorrentes serão *erga omnes, ex tunc* (retroativos) e vinculante, ficando inclusive o próprio órgão vinculado a tal decisão, ou seja, a decisão do STF transmite efeitos em todo o ordenamento jurídico.

É deste contexto que surgiram questionamentos, bem como a realidade aferida no dia a dia demonstrou que este mecanismo do Judiciário de apreciar uma norma ser constitucional ou não, pode produzir equívocos, não estando, inclusive, livre de abusos [do Direito], quando há exclusividade de somente o STF ser o último a analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato. É preciso, neste quadro, lembrar que o Legislativo não é atingido pelas decisões vinculadas do Supremo, e legalmente [e legitimamente] ajudar na construção da jurisprudência, trazendo o diálogo entre os Poderes para que se torne cada vez mais aperfeiçoada suas mudanças constitucionais e, portanto, a construção da Constituição.

Sobre a metodologia que este estudo abarca, diz respeito à construção de um trabalho sob revisão da literatura com base em obras jurídicas, jurisprudências modificadas após a *reação do Legislativo*, por meio de estudos de leis ordinárias e emendas constitucionais apresentadas e que induziram modificações na jurisprudência, como também artigos científicos que tratam do tema, em parte ou em sua totalidade. Utiliza, ainda, a dogmática-jurídica-descritiva e com uma abordagem de categorias analítica e empírica, com estudos de casos, jurisprudências, leis ordinárias e emenda constitucionais.

Na fase final, é possível ainda formular uma proposta “*lege ferenda*” para melhorar e aperfeiçoar o diálogo entre os Poderes da República. Por meio da revisão da jurisprudência com a indicação das *reações legislativas [ativismo congressual]* à jurisprudência do Judiciário, que surtiram o real efeito de modificação, enfim, é possível evoluir em uma proposta de aperfeiçoamento no diálogo entre os poderes.

## 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste capítulo será apresentado o Controle de Constitucionalidade, que é o mecanismo que garante a supremacia da Constituição por meio do controle nos confrontos de leis ou atos normativos em relação à Constituição. Tem a função também de fiscalizar a validade das leis e atos do Poder Público diante de uma Constituição rígida que exige meios especiais para a sua modificação.

O controle de constitucionalidade se coloca como importante garantidor da supremacia da constituição. A doutrina clássica estabelece os parâmetros clássicos do controle de constitucionalidade, quais sejam: existência de uma constituição formal e rígida; aceitação de ser a constituição a normal fundamental do ordenamento jurídico; existir de um órgão responsável para exercer a atividade de controle de constitucionalidade; e uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada em desfavor da constituição.

### 1.1 A História Explica: expansão do Judiciário, controle de constitucionalidade

A Constituição de 1988 alcançou um rol de direitos e, para além disso, houve inúmeras emendas desde a sua edição, características estas que contribuíram por um aumento da demanda pelo Poder Judiciário, consolidando seu papel mais amplo na sociedade. Este aumento pelo Poder Judiciário [*judicial empowerment*] fez com que fosse criada uma nova configuração institucional para as fronteiras do Direito, que não raro pode restar incompatível com uma visão normativista. A fundamentação deste entendimento dá-se em razão da existência de um modelo de racionalidade do direito ao alcance da sociedade civil.<sup>1</sup>

De acordo com Patrícia Woods e Lisa Hilbink, *o judicial empowerment* para além de ser uma tendência mundial, tem por base as concepções do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.<sup>2</sup> Conforme explica Mauro Cappelletti, *o judicial empowerment* não ocorreu isoladamente, mas também os ramos políticos acompanharam a expansão do Direito,

<sup>1</sup> NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Judicialização política: déficits explicativos e bloqueios normativista.** Novos estudos CEBRAP, nº 91. São Paulo, nov., 2011. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001) >. Acesso em: 10.7.2018.

<sup>2</sup> WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. *Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests.* **Political Research Quarterly**, vol. 62, nº.4, 2009. p. 745-752. Disponível em: < <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1065912909350565> > Acesso em: 16.7.2018.

de forma que pode ocorrer no sistema o *checks and balances*.<sup>3</sup> Outras justificativas na doutrina são dadas para explicar a expansão do Direito.

Oscar Vilhena Vieira afirma que essa expansão ocorre em razão da lenta produção de respostas às demandas sociais, à omissão que persistiu por muito tempo para a sociedade que requeria soluções para seus casos concretos. À época, pode-se afirmar que a postura político-partidária estava mais preocupada com reeleições, caracterizando tal comportamento pela produção de leis para resultados no curto prazo; assim, as questões complexas, ou de difíceis maturações restavam aos cuidados do Judiciário.<sup>4</sup> Neste mesmo sentido de expansão do Judiciário, e retração do Legislativo, Luís Roberto Barroso aponta que assim ocorreu em razão do Legislativo ter passado “por uma crise de funcionalidade e de representatividade”, e por isso o STF teria produzido decisões, representando o ativismo do Judiciário.<sup>5</sup> Ainda que não se possa esquecer que o Judiciário só deixa de ser passivo quando motivado a dar respostas.<sup>6</sup>

Matthew Taylor conta que a expansão do Judiciário se deu justamente por aumentar na mesma proporção os grupos minoritários e perdedores do jogo político, caracterizando o *judicial empowerment*. Ou seja, o Judiciário atua com *judicial empowerment* frente às demandas coletivas, inclusive nas demandas das instituições políticas.<sup>7</sup>

Taylor e Da Ros explicam que a demandas políticas, não raro, utilizam os tribunais não apenas com o objetivo de alterar uma legislação, mas também como forma tática de retardar, impedir, desmerecer ou declarar sua oposição a uma determinada matéria.<sup>8</sup> Ou seja, o relacionamento entre os poderes Legislativo e Judiciário resta em um jogo político. Os

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** [Trad. Carlos Álvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 19; BRITO, Ludmila Silva de. **Juízes Legisladores: da ilegitimidade à insegurança jurídica**. Buscalegis, 7.5.2007. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15794-15795-1-PB.pdf> > Acesso em: 16.7.2018.

<sup>4</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. nº 42. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97. ISSN 0102-6445. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000300003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000300003&script=sci_abstract&tlng=pt) > Acesso em: 16.7.2018.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Setembro, 2007. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf) >. Acesso em: 16.7.2018.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o Ativismo Judicial, em números? **Revista Consultor Jurídico - Conjur**, 26.10.2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> > Acesso em: 17.7.2018.

<sup>7</sup> TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revista de Ciências Sociais – DADOS**, vol. 51, nº 4. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008. p. 825-864. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/pdf/218/21817687002.pdf> > Acesso em: 17.7.2018; TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. vol. 50, nº 2. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 229-257. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf> > Acesso em: 17.7.2018.

<sup>8</sup> TAYLOR, 2007. Op. cit.

autores afirmam que o controle judicial de constitucionalidade passou a ser utilizado como ferramenta da oposição.<sup>9</sup> Certo é que os princípios utilizados pelo Legislativo e pelo Judiciário são diferentes, tema este muito discutido na doutrina de Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem seria o titular do poder de jurisdição constitucional.<sup>10</sup> O primeiro defende que o controle de constitucionalidade é legítimo para a Tribunal Constitucional, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, posto ser para o autor este órgão, dotado de autonomia, especialização e imparcialidade.<sup>11</sup> O segundo, Schmitt, entende que o controle de constitucionalidade é legítimo a um órgão político quando no exercício de uma democracia, qual seja no Brasil, o Poder Executivo.<sup>12</sup> Nos dias atuais Ronald Dworkin e Jeremy Waldron realizam tal debate.<sup>13</sup> No tópico 1.3. o trabalho explica como seria a aplicação efetiva da jurisdição constitucional no Brasil. No tópico 1.4.1. deste trabalho tem-se a oportunidade de apreciar um pouco mais as ideias de Dworkin. No Brasil, dois autores também debatem a saber qual instituição deve ficar com a última palavra quando se tratar de controle de [in]constitucionalidade: Conrado Hubner Mendes, que defende que este controle deve ser dado ao Legislativo;<sup>14</sup> e, Oscar Vilhena Vieira, que entende ser detentor deste poder, o STF [guardião da Constituição] em razão de ter maior base técnica, e primar pelo resguardo dos direitos das minorias.<sup>15</sup>

## 1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção permitido pelo ordenamento jurídico do Estado brasileiro, o qual permite que haja a possibilidade da verificação da conformidade de um ato (lei, decreto, etc.) em relação à Constituição. Um ato

---

<sup>9</sup> Em uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas nos governos FHC e LULA, percebe-se que a maioria foram impetradas pela oposição, o que comprova que o controle de constitucionalidade passou a ser um instrumento estratégico. TAYLOR e DA ROS, 2008. Op. cit.

<sup>10</sup> JORGE E COSTA, Natália. **Controle de Constitucionalidade Legislativo e Judicial: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.** [Monografia – Graduação]. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCeub, 2015. p. 31.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237-298.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** São Paulo: Del Rey, 2007.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and constitution: we the people in court.* **Alberta Law Review**, vol. 28, nº. 2, 1990; WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review.* **Yale Law Journal**, vol. 115, 2006. p 1346-1406.

<sup>14</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova Revista de Cultura e Política.** São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

hierarquicamente inferior à Constituição não pode confrontar as premissas constitucionais, criando, dessa forma, desarmonia nas normas e gerando insegurança jurídica.<sup>16</sup>

Para que assim não ocorra, existe o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, desde 1965 – este foi instituído por meio da Emenda Constitucional nº 16 estabelecendo-se poderes ao Procurador-Geral da República para questionar matérias inconstitucionais diretamente na última instância do ordenamento jurídico, qual seja, o STF.

São cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), a Ação Direta Interventiva (ou Representação Interventiva) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>17</sup>.<sup>18</sup> O trabalho concentra-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade, designada no art. 102, I, “a”, CF, no qual há o registro de que esta é realizada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103).

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Conforme leciona Pedro Lenza, a ADI dá-se em razão do ato normativo a ser analisado ser geral, impessoal e abstrato. “O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto.”<sup>19</sup>

O ADI é uma das formas de controle concentrado, e por esta razão procede à uma análise abstrata de compatibilidade de determinada norma jurídica – leis, atos normativos federais e estaduais – para com a Constituição Federal.<sup>20</sup>

### 1.3 A Jurisdição Constitucional: a atuação contramajoritária do STF

<sup>16</sup> MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. **Efeitos das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADI quanto aos três Poderes**: uma abordagem da Reação Legislativa e do Ativismo Congressual. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 30.1.2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58329>>. Acesso em: 5.7.2018.

<sup>17</sup> A ADPF está descrita no art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99.

<sup>18</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125-138.

<sup>19</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 243.

<sup>20</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1164.

O artigo 102 da Constituição da República brasileira determina as competências do Supremo Tribunal Federal, estando estas divididas em duas categorias: ordinárias e constitucionais.<sup>21</sup> Nesse sentido, o Tribunal presta *jurisdição ordinária* quando atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas de julgamentos em seus tribunais. No exercício da *jurisdição constitucional* é que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, e por isso a Corte, ao prestar *jurisdição constitucional*: (i) aplica a Constituição a situações nela contempladas; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos; ou (iii) sana lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes.<sup>22</sup>

O desempenho da jurisdição constitucional pelo STF envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. É na atuação contramajoritária que tem ocorrido as discussões de legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Já a função representativa tem se tornado mais visível e circunstancialmente mais importante, por ser a forma mais atuante de a população poder expressar suas vontades e necessidades mais importantes. Trata-se de um processo evolutivo de consciência política que aos poucos tem-se adquirido na sociedade brasileira – o debate público.<sup>23</sup>

Há obstáculos a serem superados para que a função representativa volte a ter a mesma confiança que outrora já teve da população brasileira, posto que a atividade política por muitos anos se tem mantido desprendida da sociedade civil, e praticou ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio, revelando as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados. Prevaleceu um déficit democrático da representação política. Esse cenário favoreceu a expansão do Judiciário, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, que passou a se tornar mais representativo dos anseios e das demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> As competências determinadas no art. 102, CF/88 ampliam-se nestas duas categorias [ordinárias e constitucionais]. Oscar Vilhena Vieira faz crítica a esta multiplicidade. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo**, 2011; VIERIA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista de Direito do Estado** vol. 12, nº 55, 2008; BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 26.8.2014. Disponível em: < <http://www.conjurcom.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo> > Acesso em: 12.8.2018.).

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). **A Razão e o Voto. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 259. ISBN 978-225-2009-1.

<sup>23</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 259.

<sup>24</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 263-264.

O STF, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional e do Presidente da República [ambos eleitos pelo povo].<sup>25</sup> A primeira alegação para a atuação dos Ministros do STF é que estes não foram eleitos pelo voto popular e são detentores da interpretação da Constituição, sobrepondo-se às interpretações feitas pelos 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"*”.<sup>26</sup>

Waldron explica que o controle judicial de constitucionalidade é universalmente aceito como contramajoritário,<sup>27</sup> assentado em dois fundamentos: a) proteção dos direitos fundamentais, um mínimo ético e a reserva de justiça à comunidade política<sup>28</sup> e b) proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política.<sup>29</sup> “A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”.<sup>30</sup> A prática e a aceitação dessa afirmativa evita que o processo democrático seja deturpado e, por consequência, também evita-se oprimir as minorias. Nos dias atuais, o conceito de democracia ampliou-se e aprofundou-se incorporando para além da ideia de governo da maioria, incorporando muitos outros valores fundamentais.<sup>31</sup>

Ronald Dworkin lembra que um dos valores fundamentais é o direito de cada

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. Disponível em: < <https://www.scribd.com/document/267314701/BARROSO-Luis-Roberto-Barroso-Interpretacao-e-Aplicacao-Da-Constituicao-Integral> > Acesso em: 12.8.2018.

<sup>26</sup> A expressão se tomou clássica a partir da obra de Alexander Bickel. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16. A primeira edição do livro é de 1962. Apud: BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 260.

<sup>27</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the case against Judicial review. *The Yale Law Journal*, vol.115, issue 6, 2006. p. 1346. Disponível em: < <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/> > Acesso em: 12.8.2018.

<sup>28</sup> A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em muitos dos seus trabalhos: e.g., ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad. Virgílio Afonso da Silva] 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76.

<sup>29</sup> Esses dois fundamentos fazem parte do processo para a efetiva jurisdição constitucional. BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5. Número Especial, UniCeub, 2015. p. 24. ISSN 2236-1677 Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

<sup>30</sup> A expressão foi utilizada por John Stuart Mill. *On Liberty*. 1874: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida [...]”. Apud: BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 261.

<sup>31</sup> SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. Dilemas e Desafios da Governança Democrática. In: TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. (org.). **Os Sentidos da Democracia e da Participação**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. 41-44. Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/1006/1006.pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

indivíduo ser tratado com igual respeito e consideração.<sup>32</sup> A democracia é meio substantivo de o indivíduo estar garantido nesse tratamento, abarcando, assim, a igualdade, a liberdade e a justiça. Assim, Barroso explica:

É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política.<sup>33</sup>

Quase sempre, por todo o mundo, é a Suprema Corte (ou o Tribunal Constitucional em alguns países) que exerce a guarda dessas promessas,<sup>34</sup> por sua reconhecida capacidade de ser um fórum de princípios:<sup>35</sup>

- Valores constitucionais, e não de política e de razão pública;
- de argumentos normativos e racionais que possam ser aceitos e suportados por todos os envolvidos no debate.<sup>36</sup>

Até aqui procurou-se justificar a legitimidade democrática do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional pelo STF.

#### 1.4 Visão Tradicional da Revisão Judicial: STF como detentor da última palavra

“O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado” Rui Barbosa

É falaciosa a afirmação de que o Supremo tem a última palavra na interpretação da Constituição, evidenciando um desequilíbrio na relação entre os poderes da república, como também a criticada supremacia judicial. Este trabalho traz críticas e observações à respeito. Essa visão dita tradicional já é ultrapassada e inclusive com reconhecimento dos

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. [trad. Nelson Boeira] 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

<sup>33</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 261.

<sup>34</sup> A expressão é dada por Antoine Garapon. GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. [trad. Maria Luiza de Carvalho]. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Disponível em: < <https://www.scribd.com/document/332799725/O-Juiz-e-a-Democracia-O-Guardiao-das-Promessas-Antoine-Garapon-pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. [trad. Luís Carlos Borges] São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 41. Disponível em: < <https://www.scribd.com/doc/32874876/Dworkin-Ronald-Uma-Questao-de-Principio> > Acesso em: 13.8.2018.

<sup>36</sup> RAWLS, John. *The Political Liberalism*. In: *Filozofia*, vol. 54, nº 2. p. 91-102. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/296892027\\_The\\_political\\_liberalism\\_of\\_John\\_Rawls](https://www.researchgate.net/publication/296892027_The_political_liberalism_of_John_Rawls) > Acesso em: 13.8.2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, nº 2, São Paulo, jul.-dez., 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

próprios ministros do Supremo. Pelo fato de o Supremo ser o “guardião da constituição” não que dizer que em todos os casos analisados ele terá a última palavra. Em vários casos trazidos neste trabalho, será possível analisar que existe a superação após o julgamento do Supremo.

#### *1.4.1 Os Direcionamentos em Ronald Dworkin versus Outros Autores de Posicionamento Contrário*

O controle jurisdicional de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal tem várias justificativas. José Adércio Leite Sampaio enumera algumas, dentre as quais destacam-se: por preponderar a supremacia da Constituição – a qual o dá distinção como guardião da Constituição Federal (sob o art. 102) -, primor pelo afastamento do vício da ilegalidade [ou inconstitucionalidade], a promoção dos direitos fundamentais e a posição privilegiada do juiz constitucional.<sup>37</sup> André Ramos Tavares, no mesmo sentido, também reafirma tais justificativas: competência institucional outorgada pela Constituição Federal de 1988; a capacitação técnica dos órgãos judiciais; a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.<sup>38</sup> Participa desses entendimentos Ronald Dworkin, ao afirmar que a democracia tem por precípua promover a igualdade dos cidadãos, e que as deliberações, ainda que realizadas pela maioria, não podem se limitar, ainda que em um processo político as decisões mais importantes assim se realizem.<sup>39</sup> O que se desejou demonstrar em Dworkin é que nem sempre as decisões de uma maioria podem prevalecer sobre as concepções e os direitos da minoria.

Dworkin entende que só ocorre a denominada “concepção constitucional da democracia” quando a consideração e o respeito às pessoas dão-se de forma igualitária.

O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. [...] A democracia é um governo sujeito às condições [...] de igualdade de status para todos os cidadãos.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 61.

<sup>38</sup> TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: leitura moral da Constituição norte-americana. [Trad. Marcelo Brandão Cipolla]. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24-25.

<sup>40</sup> DWORKIN, 2006. Op. cit. p. 26.

É preciso que as instituições designadas na Constituição observem e garantam, de forma eficiente, as condições democráticas, não permitindo que tal posição seja tomada por outras instituições, para que não passem a ser consideradas legítimas.

Na prática da revisão judicial da legislação, o Supremo Tribunal Federal estará realizando a necessária proteção da minoria, frente à maioria, realizada por um órgão imparcial, longe das questões políticas e tecnicamente preparado para essa função.<sup>41</sup> Sob Dworkin prevalece a ideia de que neste íterim de proteção da lei, o juiz e a desconfiança do legislador coexistem.

A aposta no juiz e a desconfiança no legislador podem estar por trás desse entendimento. Dworkin explica que os juízes estão em melhor posição institucional que os legisladores, quando em suas revisões judiciais aparecem questões sobre direitos.<sup>42</sup> Jeremy Waldron diz que há de se ter uma atenção dos juristas voltadas para o Poder Legislativo e que é preciso tratar o Legislativo com dignidade, enxergá-los como “representantes da comunidade que estão unidos para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles”.<sup>43</sup> Waldron deseja, em seus textos, ressaltar que o Legislativo é um corpo único político, consentido por toda a sociedade que os escolhe para representarem seus desejos e direitos, e que esse corpo único político apresenta respostas a uma maioria ali determinada (regra da maioria, legislação majoritária).

É importante destacar que quase sempre as críticas a esse contexto são feitas por aqueles que defendem a *judicial review* e, por isso, buscam denegrir a imagem da legislação ou do próprio Poder Legislativo, como afirma John Locke.<sup>44</sup> Sob argumentos de que o Legislativo é mera “contagem de cabeças” querem excluir a possibilidade de o Parlamento deliberar sobre princípios – direitos fundamentais -, atacando sua legitimidade para tanto.<sup>45</sup> Waldron apresenta três consequências quando ocorre a *judicial review*: (1) passa-se a não permitir a aplicação dos dispositivos de lei a um caso particular; (2) ocorrem mudanças dos efeitos de uma lei, busca-se adequá-la e aplicá-la conforme o direito individual; (3) há

---

<sup>41</sup> GIANNETTI, Leonardo Varella. *Judicial review*: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? vol. 12, nº 1. **Revista Direito GV**, jan-abr, 2016. ISSN 2317-6172. p. 5. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0125.pdf>> Acesso em: 11.7.2018.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. [Trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

<sup>43</sup> WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

<sup>44</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Livro II: Segundo Tratado. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 469-470.

<sup>45</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. Série IDP. p. 438. p. 177.

autoridade para declarar inválida uma lei ou dispositivo legal, retirando-o do ordenamento jurídico.<sup>46</sup>

Para melhor compreender o *judicial review*, Dworkin faz uma distinção entre princípio e política (*policy*).<sup>47</sup> O primeiro trata dos direitos; já o segundo ocupa-se dos objetivos a serem alcançados. De forma costumeira, os juízes são os que tratam de analisar e deliberar com fulcro nos *princípios*; já as questões de cunho político são tratadas de forma exclusiva pelos membros do Poder Legislativo. Dworkin ratifica que o juiz encontra-se em posição totalmente diferente do legislador; o legislador não precisa ter por base em seus atos os princípios, mas somente se preocupar por decisões que possam favorecer toda a comunidade; já o juiz ocupa-se da integridade do Direito, e por isso buscam pelos princípios em suas decisões.<sup>48</sup>

Diferente de Dworkin, Waldron diz que o que importa é a legitimidade de uma decisão, seja ela emanada pela Suprema Corte, seja ela emenda pelo Parlamento [Poder Legislativo]. Quando há qualquer arbitrariedade em uma decisão majoritária legislativa, assim também ocorre nas decisões da Suprema Corte, portanto, a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é apenas de ordem representativa e não de método decisório. Por isso importa a legalidade da decisão, independentemente de seu resultado, mas dependente sim de qual procedimento tiver ocorrido para que se alcançasse tal resultado. “As respostas certas jamais poderão ser garantidas, mas, pode-se assegurar o direito de participação equitativo a todos, por meio de seus representantes eleitos”. Não se trata de impor uma teoria sobre direitos de cunho hierárquico, mas apenas de uma ordem em que prevaleça a participação como direito, afirmou o autor.<sup>49</sup>

Pelas razões expostas, Waldron, diferente de Dworkin, considera os Parlamentos melhores que as Cortes para solucionar situações em que se fazem presentes desacordos morais razoáveis. Em contraposição a Dworkin, Samantha Besson explica sobre o Parlamento que “resistem a soluções racionais, são realidades mais divididas do que o mero pluralismo

---

<sup>46</sup> WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006. p. 1354. Disponível em: < <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf> >. Acesso em: 14.7.2018.

<sup>47</sup> DWORKIN, 2010. Op. cit. p. 36, 128, 141.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. [Trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 292.

<sup>49</sup> WALDRON, Jeremy. *O Judicial Review e as condições da democracia*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Apino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 251-266.

político, e as sociedades modernas convivem, inevitavelmente, com essa situação”.<sup>50</sup>

Hübner Mendes dá uma explicação para essas diferenças: as decisões pautadas em argumentos de *policy* legitimam-se pelo *Parlamento representativo*, seguindo a regra da maioria, e por isso promovem a igualdade formal; já as decisões de direito realizadas pelos juízes [ou ministros de um órgão Judiciário, tal como o STF] legitimam-se em razão de seu *conteúdo* (a motivação).<sup>51</sup> É justamente essa diferença que eleva a Suprema Corte e que a faz representar um “fórum do princípio”, sob o qual cria-se uma proteção e uma garantia a qualquer afronta ou violação à Constituição,<sup>52</sup> mas que muitos autores não concordam na íntegra, e requerem por meio da doutrina um entendimento contrário a tal. Nesse sentido, excluir da deliberação parlamentar as questões que envolvem esses desacordos sobre direitos apenas revela uma atitude elitista e antidemocrática, na medida em que impede a participação ampla da população no debate, por meio de seus representantes eleitos.

A deliberação parlamentar é mais aberta, transparente e com menos tecnicismos, o que implicaria maior inteligibilidade da discussão por parte dos maiores interessados. Os legisladores, portanto, não poderiam ser excluídos de deliberações sobre questões que envolvem grandes desacordos morais razoáveis, [...].<sup>53</sup>

Waldron esclarece que quando o direito está submetido constantemente ao controle judicial de constitucionalidade, os direitos fundamentais estão antes em risco do que protegidos.<sup>54</sup>

Utilizando os ensinamentos de Dworkin para a Suprema Corte brasileira [em sua obra a todo tempo, o autor usa Tribunal Constitucional, que no caso brasileiro, seria o STF], esta conceberia os direitos como trunfos no subjugo da maioria, representação de uma “resistência” frente aos poderes constituídos pela maioria política e suas vontades, opiniões, ou decisões, ainda que seus membros sejam legitimamente eleitos.<sup>55</sup> Certo é que as ideias de Dworkin primam pela preponderância, prestígio e preferência pelo Tribunal Constitucional,

---

<sup>50</sup> BESSON, Samantha. *The morality of conflict: reasonable disagreement and the Law*. Oxford: Hart, 2005. p. 1. Disponível em: < [https://www.jstor.org/stable/4123376?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4123376?seq=1#page_scan_tab_contents) > Acesso em: 5.8.2018.

<sup>51</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24-25.

<sup>52</sup> DWORKIN, 2000. Op. cit. p. 101.

<sup>53</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 179.

<sup>54</sup> WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. nº 1, 1993. Apud: CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, nº 2. 2014. p. 143-173. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/35730/22971> > Acesso em: 5.8.2018.

<sup>55</sup> DWORKIN, 2002. Op. cit. p. XV.

sendo diferente para a casa legislativa, pois, de acordo com o autor, o Tribunal Constitucional [no caso brasileiro, o STF] estaria melhor preparado para lidar com a proteção dos direitos individuais, bem como melhor garantir a democracia no país.

Giannetti, em seus estudos, lembra que Dworkin não participa da opinião que o juiz, por qualquer motivação, tenha razão em validar a decisão.<sup>56</sup> A motivação estaria no respeito aos princípios e à integridade. Antes disso, vale o conteúdo do ato decisório, para só então ter-se a legitimidade. O que não implica entender os Tribunais como infalíveis e, portanto, existe a possibilidade do erro judicial, assim como existe a possibilidade do erro do legislador.<sup>57</sup> Tais erros seriam uma demonstração “antidemocrática”. O autor entende que há, entretanto, um compromisso do juiz em acertar, que supera qualquer consenso do Parlamento.

Quando surge qualquer desacordo em termos morais na sociedade, prevalece no Brasil que o STF deve ter a última palavra, tal como determina a Constituição, e por isso não vislumbram com facilidade que haja um debate mais amplo, buscando novos perfis, novas visões fora daquelas já determinadas ou cristalizadas nos comportamentos dos Tribunais brasileiros para com o direito constitucional brasileiro. Nos dias atuais, uma nova corrente vem cobrando que a revisão judicial busque por um modelo institucional que possa congrega todos os interesses.<sup>58</sup> Faz parte dessa nova corrente Dimitri Dimoulis, Ronald Dworkin, dentre outros.

Jorge Octávio Lavocat Galvão assim expõe:

Nesse tipo de sistema judicial, em matéria de fundamental importância para os cidadãos, as decisões finais cabem aos tribunais, **órgãos não representativos e sem credenciais democráticas**. Desse modo [...] em uma sociedade que realmente leva seus direitos a sério, existe bastante espaço para um desacordo moral honesto e de boa-fé entre os cidadãos a respeito de seus direitos fundamentais. Tais tópicos são normalmente complexos e controversos, e **o consenso entre os filósofos consiste em não haver respostas definitivas para estas matérias**. Assim, tendo em vista ser necessário eleger um procedimento para decidir estes casos, **o processo democrático seria preferível**. Ambos os Parlamentos e as Cortes decidem essas matérias por meio do voto majoritário de seus membros e ambos podem tomar decisões consideradas ruins pela opinião pública.<sup>59</sup> [grifos nossos]

Waldron não concorda com Dworkin, e pensa que ele confunde uma teoria dos

<sup>56</sup> GIANNETTI, Leonardo Varella. *Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?* vol. 12, nº 1. *Revista Direito GV*, jan-abr, 2016. ISSN 2317-6172. p. 5.

<sup>57</sup> DWORKIN, 2006. Op. cit. p. 49-50.

<sup>58</sup> DIMOULIS, 2007. Op. cit. p. 200-201.

<sup>59</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 148.

direitos com uma teoria da autoridade, cujo objeto seria a discussão sobre quem deve decidir sobre os direitos e ter a última palavra. Dworkin entende que as Cortes são o fórum do princípio; já Waldron entende que esta posição apenas camufla desacordos essenciais, os quais são levados para o interior da Suprema Corte. É preciso lembrar que também os juízes divergem sobre algumas questões. Para o autor, se a regra da maioria vale para as decisões das Cortes, ela não deveria ser criticada quando aplicada ao Parlamento, pois trata-se de um mecanismo justo de organização procedimental.

Waldron entende que os desacordos morais razoáveis são muito complexos e multifacetados para serem resolvidos pela lógica do certo-errado nas decisões judiciais.<sup>60</sup> Para o autor, o controle judicial de constitucionalidade, como está a ser exercido, “levaria à diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem seus próprios direitos, por meio daquele que é o direito dos direitos: o de participação democrática”.<sup>61</sup>

#### 1.4.2 Detentor do Monopólio da Última Palavra para a Revisão Judicial

O art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal *precipualemente* em guardar a Constituição. Alguns interpretam esta locução como reservadora de um monopólio interpretativo da Constituição ao Supremo. “Precipualemente” quer significar que o STF é um intérprete essencial da Constituição e sua guarda, mas não significa atribuir-lhe monopólio interpretativo.<sup>62</sup>

A afirmativa tem força, e faria qualquer doutrinador ficar encurralado entre ela e a “parede”: As correntes defensoras da supremacia judicial remontam a afirmativa de que a Constituição é a norma superior de dado ordenamento jurídico, está acima da política ordinária e, para conservar-se assim, demanda a proteção de um guardião: em geral, o Poder Judiciário e, em especial, uma Suprema Corte.<sup>63</sup>

Larry Kramer defende a corrente do “*constitucionalismo popular*”, que seria a denominação dada a um alargamento da interpretação da Constituição, em que o povo seria

<sup>60</sup> FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*. *Harvard Law Review*, n.º 92, 1940, Apud: VICTOR, 2015. Op. cit. p. 180.

<sup>61</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. Série IDP. p. 438. p. 181.

<sup>62</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 217-218.

<sup>63</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Interpretação Constitucional e Diálogo Institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da decisão do STF na ADI. 2797. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus Assessores**. São Paulo: Almedina, 2014. ISBN 978-858-49-3000-5. p. 185.

partícipe do processo interpretativo<sup>64</sup>. Sérgio António Ferreira Victor conta que o próprio Thomas Jefferson [3º presidente dos EUA] é considerado o precursor da corrente conhecida como *departmentalíssimo*, a qual tem por prerrogativa a ideia de distribuir a interpretação da Constituição entre os diversos Poderes do Estado e, assim, minimizar as chances de erupção de um *Judiciário imperial*.<sup>65</sup> Tornou-se também bastante conhecido Mark Tushnet, autor que defendeu o *constitucionalismo popular*, bem como também uma posição abolicionista do *judicial review* - na qual apresentou uma proposta de emenda constitucional para pôr fim à instituição do controle judicial de constitucionalidade.<sup>66</sup>

Surge uma questão tanto nas casas legislativas junto ao Judiciário sobre qual seria a instituição a dar a última palavra na interpretação constitucional. Refletir sobre tal tema requer análises sob diferentes perspectivas. Para esta reflexão busca-se subsídios e fundamentos nas teorias existentes, e a primeira delas é a ‘doutrina dos diálogos constitucionais’<sup>67</sup> que tem por defensores Peter Hogg e Allison Bushell, e também Kent Roach.<sup>68</sup> A premissa da primeira teoria é que a reversão legislativa para a decisão constitucional da Suprema Corte que se vislumbre o controle de constitucionalidade não é uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas um instrumento catalisador de diálogo entre as instituições políticas para encontrar a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade.<sup>69</sup>

Há a hipótese de o Parlamento dar a última palavra por meio do uso da *override clause* [traduzindo: é a cláusula “*não obstante*”, que seria o uso da Emenda Constitucional no direito brasileiro] em mecanismo que apresenta vantagens em relação a outros instrumentos de reação legislativa: (i) o seu alto custo político evita que seu uso se torne corriqueiro; (ii) o uso da *override clause* permite ao público perceber que o Parlamento pode esquivar a

<sup>64</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. WOOD, Gordon S.; PRIEST, Claire (orgs.). New York: Northwestern University, 2003. Disponível em: < <http://musicians4freedom.com/wp-content/uploads/2012/04/The-People-Themselves.pdf> > Acesso em: 5.8.2018.

<sup>65</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 185.

<sup>66</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999. p. 175-176. Disponível em: < <https://press.princeton.edu/titles/6634.html> > Acesso em: 6.8.2018.

<sup>67</sup> Diálogos constitucionais quer tratar de uma tendência atual sobre o debate para identificar “quem” deve ter a última palavra na interpretação constitucional.

<sup>68</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Alison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)*. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, nº 1, spring, 1997. Disponível em: < <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj> > Acesso em: 6.8.2018; BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 336.

<sup>69</sup> SILVA, Lucas Gonçalves da; FREITAS, Ruben Correa. *Teoria Constitucional*. V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu - Uruguai. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/219i8xsn/H9cYz4DLeCJ7rAH3.pdf> > Acesso em: 27.7.2018; BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 336.

sociedade da decisão da Suprema Corte.<sup>70</sup> Para exemplo dessa hipótese, na prática, tem-se o sistema canadense que desde a implementação de sua Carta de Direitos (1982) optou por fazer um tipo de controle judicial de constitucionalidade que institucionaliza o diálogo institucional.<sup>71</sup> O modelo canadense tem por características da ordem jurídica:

[...] um sistema *common law*, somado a uma tradição de soberania do Parlamento de molde inglês com introdução do *judicial review*, mitigado porém, por uma cláusula que permite ao Parlamento a manutenção de legislação em vigor, ainda que contra decisão judicial expressa em sentido contrário (cláusula *notwithstanding*).<sup>72</sup>

De acordo com Peter Hogg e Alison Bushell, esse sistema de controle judicial de constitucionalidade [canadense], por causa da chamada cláusula *notwithstanding* é que se permite a resposta legislativa à decisão da Suprema Corte, caracterizando o modelo dialógico de *judicial review*.<sup>73</sup>

Na conquista da evolução da democracia nos dias atuais, há que fazer parte desse alcance as liberdades fundamentais, os tribunais, a proteção de direitos e o controle da constitucionalidade.

Não se pensa hoje em democracia sem Parlamento, arena típica do conflito de interesses, do “governo dos homens” (*rule of men*). Tampouco em constitucionalismo sem uma Corte Constitucional, lugar de realização última da justiça, do “governo das leis” (*rule of law*), qualificada por predicados como imparcialidade, independência e neutralidade partidária.<sup>74</sup>

Nos dias atuais, esses conceitos tomam suas próprias características quando tratados ou direcionados para as instituições que os praticam. No entanto, a jurisdição constitucional passou a ser o elo entre os ideais democráticos e constitucionalistas. Justo esses ideais que o STF absorveu para efetivar o controle de constitucionalidade, e se autodeterminar como detentor da última palavra do processo interpretativo do texto constitucional, assim proferido por seus ministros: Gilmar Mendes em posição defronte à PEC nº 33/2011; também pelo Celso de Mello, quando redator do MS nº 26.603, ao afirmar que o STF possui a “singular prerrogativa” do monopólio para proferir a última palavra quando da interpretação do texto constitucional.

<sup>70</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 338.

<sup>71</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 187.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> HOGG e BUSHELL, 1997. Op. cit.

<sup>74</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 10.

A força normativa da Constituição e o monopólio da última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de interpretação constitucional.

– O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

– No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes.

– A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput);

– Assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.<sup>75</sup>

Também em outros dois momentos Celso de Mello ratifica a tese do monopólio da última palavra do STF, bem como, o exercício da função contramajoritária para assegurar os direitos da minoria contra os excessos ou omissões da maioria.<sup>76</sup> Em outro momento, clamando por Rui Barbosa, afirmou que o STF *não é infalível, mas possui o direito de errar por último*.<sup>77</sup> A decisão final em um processo de apreciação coletiva em uma instituição finaliza o processo. Dworkin entende que assim legitima-se o controle jurisdicional das leis.

<sup>75</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. MS nº. 26.603-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 4.10.-2007. DJe: 19.12.2008. p. 324-325. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em: 14.7.2018.

<sup>76</sup> “A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RE nº. 477554-AgR, Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ: 16.8.2011, DJe: 26.8.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 14.7.2018.

<sup>77</sup> O *direito de errar por último* foi invocado pelo ministro Celso de Mello, no julgamento do “Mensalão” em 17.12.2013. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Voto proferido pelo ministro Celso de Mello. MS nº. 25647-MC. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. DJ: 30.11.2005; DJe: 15.12.2006, p. 82. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394908> >. Acesso em: 14.7.2018.

Justo o que acontece com a instituição STF, insurgindo deste contexto, no Brasil, os debates sobre teorias de argumentação jurídica, ou ainda o ativismo judicial.<sup>78</sup>

### 1.4.3 O diagnóstico de Cass Sunstein e Adrian Vermeule

No intuito de compreender os pormenores de uma supremacia judicial que vem, em muitos casos, demonstrando ser ineficiente. Cass Sunstein e Adrian Vermeule buscaram evidenciar ideias favoráveis ou não a esta cristalizada supremacia judicial que ocorre em muitas democracias [aqui importando a brasileira] em que se mantém o monopólio das Cortes no que diz respeito à interpretação da Constituição. Os autores evidenciaram em seus estudos que há uma prevalência pelos juízes e ministros de uma postura muito difícil de ser compreendida na prática, ao propugnarem um comportamento judicial orientado por princípios hermenêuticos muito abstratos e vagos.<sup>79</sup> O diagnóstico de Sunstein e Vermeule aponta para equívocos na prática dos juízes, posto que no dia a dia dos tribunais precisariam levar em consideração as limitações das instituições e de seus atores, ou seja, por mais bem-dotados intelectualmente e bem-intencionados que sejam, os juízes são seres humanos normais e também podem possuir limitações, além de que pode lhes faltarem tempo e informações minimamente necessárias para exercerem a tarefa hercúlea sugerida por Dworkin.

Se assim for, a teoria norteadora da interpretação do direito pelos juízes e ministros não deve cometer o equívoco de idealizar o magistrado como o intérprete final da Constituição, mas antes deve atentar-se para as questões em jogo, bem como as capacidades dos atores,<sup>80</sup> exemplo disso são as vantagens da deliberação judicial sobre a legislativa e vice-versa.<sup>81</sup> Sunstein e Vermeule alertam para a amplitude da decisão e de seus possíveis efeitos no sistema jurídico-político como um todo, bem como alcança também os atores privados e

<sup>78</sup> TAVARES, 2012. Op. cit. p. 59-85; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>79</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review*, vol. 101, nº 4, 2003. p. 885-951. Disponível em: < [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles) > Acesso em: 4.8.2018.

<sup>80</sup> SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte Anos de Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: nLúmen sJúri, 2009. p. 311-322; p. 317-318.

<sup>81</sup> CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da; MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Constitucionalismo fora do STF – as dimensões negligenciadas da interpretação constitucional**. In: VALLE, Regina Lírio do; PULCINELI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (coord.). **Contestação, Persuasão e Consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático [recurso eletrônico]** Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.10.

públicos,<sup>82</sup> ou seja, quando um juiz profere uma decisão ele também está ampliando o horizonte de teorização de sua decisão. Isso pode provocar uma série de dificuldades.<sup>83</sup>

Cass Sunstein alerta para consequências prejudiciais com relação a atores não envolvidos diretamente na questão, que podem as decisões dos juízes ampliarem-se de forma desnecessária, e por isso elas se tornam menos aptas a atrair mais consensos,<sup>84</sup> sem contar com a constatação dada por Sérgio Antônio Ferreira Victor de que esse tipo de prática ou posicionamento judicial tende a demonstrar que há juízes mais empenhados em teorizar em suas decisões, comprovando erudição e capacidade intelectual, do que em resolver os casos concretos. “No Brasil, nos casos em que as decisões possuem efeitos erga omnes, a amplitude desnecessária da teorização pode mostrar-se ainda mais nefasta”.<sup>85</sup>

[...] diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico, religioso, entre outros, a Corte deve atrelar-se, o máximo possível, ao quanto necessário para solucionar o caso específico, evitando teorizar acerca de questões sobre as quais os juízes não possuem formação profissional adequada, o que pode aumentar os custos relacionados ao erro da decisão.<sup>86</sup>

Victor explica que ocorre um fenômeno no comportamento das Cortes: quando estas defrontam-se com desacordos morais, elas tendem a aumentar a amplitude das fundamentações de suas decisões, em vez de diminuí-las.

Uma decisão proferida em momento em que ainda não há maturidade na sociedade para uma discussão transforma esta em um entrave para o debate democrático, inclusive bloqueia também o processo político ordinário. Isso ocorre quando a supremacia judicial é aceita. Nesse cenário, se proferida uma decisão equivocada e amplamente teorizada sobre questão moralmente controversa, pode ocorrer uma grande probabilidade de ela colaborar para uma polarização maior das opiniões opostas, de modo a fazer com que um assunto difícil e polêmico passe a separar ainda mais as pessoas.<sup>87</sup>

Em razão dessa concepção, autores tais como Sunstein, Vermeule e Victor, recomendam que os juízes adotem posturas humildes diante de casos complexos. “Não apenas

<sup>82</sup> SUNSTEIN e VERMEULE, 2003. Op. cit. p. 885-951.

<sup>83</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 149-150.

<sup>84</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton S. de. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manoel, 2010. p. 294-317; PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e Instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. Dissertação [Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. p. 26.

<sup>85</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 151.

<sup>86</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2 th. Cambridge and London: Harvard University, 2001. Apud: VICTOR, 2015. Op. cit. p. 151.

<sup>87</sup> TEIXEIRA e OLIVEIRA, 2010. Op. cit. p. 294-317.

em razão da insuficiência de informações por eles acessíveis para teorizar sobre o problema, mas também porque, por vezes, o excesso de teorização sobre a aplicação de princípios mais gerais pode contribuir para dividir a sociedade”.<sup>88</sup>

Percebe-se diferenças entre a posição de Sunstein e a defendida por Dworkin, no que diz respeito aos princípios e à postura judicial. Enquanto Dworkin recomenda a imersão do juiz em uma busca profunda por coerência e compreensão da moralidade política compartilhada na comunidade;<sup>89</sup> Sunstein<sup>90</sup> - e também Vermeule<sup>91</sup> - defendem uma postura modesta do juiz. Para esses autores, não há forma de os magistrados atenderem às exigências de Dworkin, pois há um persistente desacordo moral na sociedade, bem como porque o processo judicial e os juízes não estão capacitados para esse tipo ousado de empreitada.<sup>92</sup>

Dworkin entende o direito como interpretação<sup>93</sup> e, enxerga a ousadia judicial como forma também de interpretar os valores morais que fundamentam a prática constitucional; Sunstein aponta para os limites reais e existentes a esta capacidade interpretativa dos juízes, e para tal aponta o minimalismo burkeano (*Burkean Minimalism*)<sup>94</sup>, ou seja, o Poder Judiciário pode evoluir sob certo conservadorismo, com passos lentos e seguros, sem interpretações dos princípios em postura ousada como aquela incentivada por Dworkin.<sup>95</sup>

Para Sunstein, a modéstia judicial favorece a sociedade, pois impede polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatatórios), de textura aberta e amplamente considerados,

---

<sup>88</sup> Explica o autor que a densificação de princípios gerais em regras concretas na resolução de conflitos pode gerar a divisão da sociedade e trazer problemas à estabilidade social. Essas regras foram chamadas por Carl Schmitt de cláusulas dilatatórias. Por exemplo, no Brasil tem-se a liberdade de expressão, e por outro lado a aprovação de regras sobre o controle social da mídia. VICTOR, 2015. Op. cit. p. 152 - 153.

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge and London: Harvard University, 2011.

<sup>90</sup> SUNSTEIN, 2001. Apud: VICTOR, 2015. Op. cit. p. 154.

<sup>91</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge in London: Harvard University, 2006. p. 255.

<sup>92</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 154.

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. In: *Arguing about law*. Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Rotledge, 2009. p. 127-143.

<sup>94</sup> Sunstein explica que o *minimalismo burkeano* desempenha um papel importante no direito constitucional. No minimalista burkeano as decisões não são ambíguas, tem por característica o respeito às tradições tradicionais, por isto as decisões com estas características primam pelo raciocínio moral ou político próprio. Os tribunais sob a concepção do minimalismo burkeano devem estar atentos às antigas práticas conservadoras para a interpretação constitucional. Os minimalistas burkeanos opõem-se a três grupos: 1) *originalistas*, que querem recuperar a compreensão original do Constituição; 2) *minimalistas racionalistas*, que favorecem pequenos passos, mas que são frequentemente críticos às tradições e práticas estabelecidas; e 3) *perfeccionistas*, que querem ler a Constituição de uma forma que se encaixa com a política mais atraente. O argumento para o minimalismo burkeano é mais forte em três suposições: o originalismo produziria resultados intoleráveis; tradições estabelecidas são geralmente adaptáveis às necessidades sociais, ou pelo menos são aceites; e as capacidades do Judiciário são vistas como bastante limitadas. SUNSTEIN, Cass R. *Burkean Minimalism. Public Law and Legal Theory Working Paper* nº 116. *University of Chicago Law School, January*, 2006. Disponível em: <

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=public_law_and_legal_theory)

> Acesso em: 4.8.2018.

<sup>95</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 154.

permitem o pluralismo<sup>96</sup>, comum nas sociedades modernas<sup>97</sup>, ao passo que a densificação desses princípios tende a criar divisões na sociedade não favorecendo à paz social.<sup>98</sup>

## 1.5 Compreensão dos Efeitos das Decisões Definitivas

Conforme dito na Introdução deste trabalho, as decisões definitivas proferidas ao final da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal produzem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante.

### 1.5.1 Efeito *erga omnes*

Uma ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo, sem partes, a decisão daí advinda produzirá efeitos contra todos – efeito *erga omnes* [em latim, significando *frente a todos* em português] – que atinge a todos de forma indistinta.<sup>99</sup> Identifica-se o efeito *erga omnes* quando uma lei ou norma é válida para todos os indivíduos, estando previsto na Constituição da República:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**, In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

<sup>97</sup> O pluralismo é uma condição permanente de uma sociedade democrática. A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Erin Kelly (Org.). [Trad. Claudia Berliner]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47.

<sup>98</sup> SCHMITT, Cari. *La tirania de los valores*. [Traducción de Anima Schmitt de Otero]. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Enero-Febrero, 1961. A preocupação de Schmitt com a emergência da filosofia dos valores e, por conseguinte, com as decisões fundamentadas em um valor hierarquicamente superior a outro está em que a afirmação de um valor implica a negação do outro envolvido em dada disputa como sendo um des-valor. Em sociedades plurais, como são as modernas democracias, percebe-se de pronto as dificuldades de adjudicar controvérsias com base na concretização de valores, ao contrário do que tanto se afirma em nossos textos jurídicos.

<sup>99</sup> MELO, 2017. Op. cit.

<sup>100</sup> Art. 102, §2º, Constituição Federal. SENADO FEDERAL. **Constituição Federal de 1988**.

### 1.5.2 Efeito *ex tunc*

O Brasil adota a teoria da nulidade no âmbito do controle de constitucionalidade. Quando um ato normativo é declarado inconstitucional todos os seus efeitos perdem a legalidade, tornando-se nulo desde o seu nascimento. Para que assim ocorra, é retirado do ordenamento jurídico. Sendo retirado do ordenamento jurídico, pode-se entender que seus efeitos retroagem, ou seja, passam a ser *ex tunc*.

Nathália Masson explicita que os efeitos com a decisão do STF nas ADI ou ADC são *ex tunc*, e os atos praticados em desacordo com essas decisões serão atos nulos e devem ser desfeitos e retornarem à situação anterior. Não existirá possibilidade de direito adquirido, nem mesmo ato jurídico perfeito, pois os atos que são extinguidos são também inconstitucionais.<sup>101</sup>

Ademais, sendo o ato normativo declarado inconstitucional nulo desde sua origem, fala-se que a decisão definitiva em ADI produzirá efeitos repristinatórios, de modo que a declaração de inconstitucionalidade provocará o restabelecimento de um ato normativo anterior que tenha sido por ele revogado.<sup>102</sup>

Lenza leciona que os atos inconstitucionais nulos serão, por consequência, ausentes de qualquer eficácia jurídica, valendo para todos e de modo vinculado, com alcance sobre os atos pretéritos. Por exemplo, uma declaração de inconstitucionalidade de um referido ato normativo que tenha “revogado” outro ato normativo, quando decidido em sede de ADI, irá restabelecer o ato normativo anterior.<sup>103</sup>

### 1.5.3 Efeito *vinculante*

Após a Emenda Constitucional nº 3/93, a decisão em ADI passou a produzir também o efeito vinculante, estando, nos dias atuais, expresso no art. 102, § 2º, da Constituição Federal. O alcance dessa vinculação dá-se em relação aos **demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta nos âmbitos federal, estadual e municipal. Ou seja, vincula também o Poder Judiciário, ponto excepcional deste trabalho, que

---

<sup>101</sup> A exceção dá-se a respeito do art. 27, da Lei nº 9.868/99, o qual autoriza que os efeitos decisórios sejam específicos para um determinado momento ou período, prevalecendo os efeitos *ex nunc*. MASSON, 2016. Op. cit. p. 1186.

<sup>102</sup> CAVALCANTE, 2015. Op. cit.

<sup>103</sup> LENZA, 2016. Op. cit. p. 408-409.

tem o objetivo de identificar se entre esses órgãos estaria também o próprio Supremo, que em princípio entende-se que o efeito vinculante também o atinge, pois o efeito vinculante é *erga omnes* e *ex tunc*. Contudo, a decisão definitiva do STF em sede de ADI não vincula o Plenário do STF, posto que ao permitir essa exceção à Corte, esta tem a possibilidade de mudar seus entendimentos e proferir novas decisões, entender o que antes era inconstitucional, ou seja, existe a possibilidade de se tornar constitucional no cenário jurídico, político, econômico ou social do país. Dessa forma, não se fossiliza a Constituição ou não se “engessa a evolução jurisprudencial”.<sup>104</sup>

Esse é o mesmo entendimento de Márcio André Lopes Cavalcante, ao afirmar que o Plenário do STF não fica vinculado às decisões definitivas proferidas em âmbito de ADI no controle abstrato.<sup>105</sup> Cavalcante apresenta um Quadro-Resumo para a eficácia subjetiva das decisões proferidas pelo STF em ADI.

**Quadro 01. Eficácia subjetiva das decisões proferidas pelo STF em ADI [ADC e ADPF]**

Particulares	Ficam vinculados. As reclamações são feitas ao STF (art. 102, I, “L”, CF/88).
Executivo	Os órgãos e entidades do Poder Executivo ficam vinculados. Caso haja desrespeito, cabe reclamação.
Judiciário	Juízes e Tribunais ficam vinculados. Caso haja desrespeito, cabe reclamação.
STF	A decisão vincula os julgamentos futuros a serem efetuados monocraticamente pelos Ministros ou pelas Turmas do STF. Não resta vinculado ao Plenário do STF. Se em controle abstrato o STF decidir que determinada norma legal é constitucional, a Corte poderá, em outro momento, mudar seu entendimento e decidir que esta mesma lei é inconstitucional por conta de mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social do país. Assim não se fossiliza a Constituição. Esta mudança de entendimento do STF sobre a constitucionalidade de uma norma pode ocorrer inclusive durante o julgamento de uma reclamação constitucional.
Legislativo	O Poder Legislativo não fica vinculado – cf. art. 102, § 2º, e art. 103-A, CF -, sob o mesmo argumento de não fossilizar a Constituição. O legislador pode editar nova lei com o mesmo conteúdo daquilo que foi declarado inconstitucional pelo STF. Se o legislador fizer isso, não é possível que o interessado proponha uma reclamação ao STF pedindo que essa lei seja julgada também inconstitucional (Rcl 13019 AgR, julgado em 19/02/2014). Será necessária a propositura de uma nova ADI para que o STF examine essa nova lei e a declare inconstitucional. Eis a possibilidade do STF mudar de opinião no julgamento dessa segunda ação.

Fonte: Cavalcante (2015) [com modificações].

Por oportuno, explica-se a condição vinculante [ou não] do Presidente da República para uma decisão final de ADI. Cavalcante explica que o Presidente da República

<sup>104</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Reclamação nº 4374/Pernambuco – PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 18.4.2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489> > Acesso em: 9.7.2018.

<sup>105</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ Comentados (2018). Julgados de 2017**. Brasília: JUSPOVIUM, 2018.

não tem o dever de vetar projetos de lei que se posicionam de forma contrária as decisões do STF. Mas para as decisões advindas da ADI, o Presidente da República estará exercendo uma função legislativa, e por este motivo não estará sob o efeito vinculante da decisão advinda da ADI. Da mesma forma, o Poder Legislativo não estará vinculado (pois sua função típica é de legislar) a decisão advinda da ADI. Marco Aurélio Mello afirma que a “ausência de efeito vinculante, além de fundar-se em argumento textual, é decorrência do próprio projeto de diálogo institucional que se pode extrair da separação de poderes como princípio estrutural da Constituição”.<sup>106</sup>

Nathália Masson explica que tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo quando incumbidos de sua função legislativa não estarão vinculados – o Legislativo pode editar Lei de conteúdo idêntico a outra que o STF tenha declarado inconstitucional, e/ou o Presidente da República editar uma medida provisória sobre o mesmo tema então tratado pelo STF -, mas se na produção normativa, aí sim, ambos estarão vinculados aos efeitos advindos da decisão da ADI.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> MELLO, Marco Aurélio. Controle de constitucionalidade do processo Legislativo ante os princípios democrático e da separação de poderes. In: FURTADO, Marcus Vinícius (Coord.). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus: OAB, Conselho Federal, 2013. p. 359.

<sup>107</sup> MASSON, 2016. Op. cit. p. 1190.

## 2 REAÇÃO LEGISLATIVA – SUPERAÇÃO LEGISLATIVA – ATIVISMO CONGRESSUAL

Os efeitos subjetivos das decisões do Supremo Tribunal Federal, apesar de vincularem particulares, Executivo e Judiciário, não atinge o Poder Legislativo, para evitar a fossilização constitucional. Diante do reconhecimento de que o Legislativo não fica vinculado às decisões do STF, este tem livre escolha de produzir leis ordinárias e emendas constitucionais com o mesmo conteúdo que já tenham sido declarados inconstitucionais pelo Supremo. Esse fenômeno é o que a doutrina vem chamando de reação legislativa, superação legislativa ou ativismo congressual, em que o Poder Legislativo tenta, por meio de edição de lei ou emenda já declaradas inconstitucionais, modificar a jurisprudência do Supremo.

### 2.1 *Override Clause*

Para compreender o instrumento ‘Superação Legislativa’, Rodrigo Brandão traz os diálogos constitucionais ocorridas nas seções canadenses e que trataram sobre os direitos da liberdade e da igualdade nas seções 2, 7 e 15 do Charter, de 1982, à época lutavam para se desvencilharem do Parlamento inglês, bem como, das amarras e rigidez da Constituição americana. Esta superação legislativa então foi denominada de *Override Clause* (ou *notwithstanding clause*).<sup>108</sup>

Naquele país [Canadá] à época a que se refere a *Override Clause* em uma lide para a questão de manutenção da identidade francófona, mantendo os sinais públicos e as propagandas públicas e privadas em francês, especificou-se que o uso corriqueiro de tal instrumento seria incompatível com um regime que zele pela proteção de direitos, como é o caso do Canadá nos dias atuais.<sup>109</sup>

Conforme conta Rodrigo Brandão, nos dias atuais a dinâmica das relações entre os Poderes Judiciário e Legislativo na interpretação da Carta de Direitos de 1982 Canadense, tem sido instável: ora deliberativa, ora adversarial. Já em outro caso, Brandão conta sobre a edição de uma lei sobre os pedófilos para abuso sexual de crianças até 14 anos. De um lado, o

<sup>108</sup> GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *American Journal of Comparative Law* 707. University of Califórnia, Los Angeles (UCLA), 15.3.2002 [revised: 16.11.2012]. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401) > Acesso em: 23.7.2018.

<sup>109</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017. p. 300.

Legislativo admitiu que o fato de o acusado ter tomado todas as precauções razoáveis para saber se a idade real da vítima excluiria a ilicitude de sua conduta; do outro lado, ressaltava o elemento subjetivo, a Suprema Corte, daí promovendo-se a interação de caráter deliberativo entre as duas instituições. A solução final restou em que a Suprema Corte mostrou-se mais apta para a proteção de grupos marginalizados de excessos contidos em leis (e.g. pedófilos), enquanto o Legislativo atendeu ao clamor social de aplicação de punições mais duras para os autores de crimes contra menores.<sup>110</sup>

Quando há conflito entre as duas instituições, mas na hipótese de ser o Legislativo reagir, a esta reação do Legislativo, Brandão conta que se chama “*leis in your face*”, que seriam as leis criadas para reverter as determinações [erradas ou inaceitáveis] da Suprema Corte [ou ainda, quando o legislador edita lei assim entendida pelo Judiciário, a tendência deste último é de reagir]. Os casos naquele Estado são bastantes exemplificativos para este trabalho, citado aqui o caso do Bispo Hubert O’Connor, acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. A defesa de O’Connor solicita o acesso a registro dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes a competência de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade das vítimas para definir se tais informações deveriam ou não, ser disponibilizadas ao acusado.

[...] exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. [...] todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados a guarda de terceiros (médicos, psicólogos, etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quando à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais.<sup>111</sup>

Ou seja, a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, enquanto a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais. Ocorre que, dois anos após este entendimento, o Parlamento reagiu com aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, revertendo a determinação então acolhida pela maioria, e simplesmente

<sup>110</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 300.

<sup>111</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 302.

reputou como inaceitável aquela decisão. Foi entendido que a decisão no caso O'Connor representava *judicially created common Law*, em que o Parlamento poderia propor uma solução distinta. Diante da nova decisão do Parlamento, a Suprema Corte reconheceu não ter *um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades*, e que *o Parlamento também desempenha um papel importante, sendo frequentemente um aliado importante de grupos vulneráveis*.<sup>112</sup> Por oportuno, explica-se que a situação é diferente para os Estados Unidos. Lá, as respostas legislativas são extremamente raras para superar uma decisão constitucional da Suprema Corte, em que suas decisões somente podem ser revertidas por emenda constitucional promulgada pela própria Suprema Corte.<sup>113</sup>

## 2.2 A Interação entre as Esferas do Poder para Definir a Constituição

Quando ocorre um debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, tem-se a primor que a invalidação de lei pelo Judiciário está embasada em princípios constitucionais abstratos. Lembra-se que este órgão [um dos três Poderes] não é sujeito a mecanismo de responsabilização popular, e que está afastado das maiorias políticas. Em determinadas situações, o Judiciário está muito mais sintonizado com a opinião pública do que aqueles que foram eleitos pelo povo.<sup>114</sup>

Edward A. Purcell Jr. também ratifica tal entendimento, e informa que em muitos Estados as decisões da Suprema Corte estão em sintonia com a opinião pública, na maior das questões politicamente relevantes.<sup>115</sup> Roach explica que os debates entre a Suprema Corte e o Parlamento não são ‘conversas deliberativas’, podem, sim, serem caracterizadas como “Guerra de gritos”, representando a intensidade dessa interação. Brandão fala que esse contexto representa a forma “em que o Parlamento busca simplesmente substituir a

<sup>112</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: judicial activism or democratic dialogue*. p. 280. ISBN-13: 978-1552210543. Apud: BRANDÃO, Op. cit. p. 303.

<sup>113</sup> Brandão revela que nos Estados Unidos em que prevalece a rigidez para qualquer tipo de modificação das decisões da Suprema Corte, ou para qualquer superação legislativa, quando há uma posição contrária as decisões da Suprema Corte, os poderes políticos e a opinião pública encontram formas de comunicar suas preferências, ocorrem, por exemplo, ataques institucionais à Corte, retaliações ao Judiciário sob a forma de “congelamento” dos vencimentos dos magistrados ou de cortes no orçamento do Judiciário, e formas subreptícias de não implementação de decisões judiciais. BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 303.

<sup>114</sup> FRIEDMAN, Barry. *Mediated Popular Constitutionalism*. *Michigan Law Review*, vol. 101, 12.5.2003. p. 2603. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=406620](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=406620) > Acesso em: 24.7.2018.

<sup>115</sup> PURCELL JR., Edward A. *Barry Friedman's the will of the people: probing the dynamics and uncertainties of american constitutionalism*. *New york Law School*, 1.1.2010. p. 14. Disponível em: < [https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=fac\\_articles\\_chapters](https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=fac_articles_chapters) > Acesso em: 24.7.2018.

interpretação constitucional judicial pela parlamentar”.<sup>116</sup> Admitir que o Parlamento aprove, sem mais, normas mediante maiorias ordinárias representaria, de fato, risco de implantar-se uma supremacia parlamentar, e que não é o que se deseja demonstrar. Afirmar, entretanto, que a superação de interpretações constitucionais do Judiciário somente possa ocorrer por mecanismos parlamentares extremamente difíceis de implementação (p. ex. o processo de emenda constitucional [ou a *override clause*, em termos em inglês] equivale à tese da supremacia judicial em sentido material, em que as exegeses judiciais são, na prática, quase sempre finais – e que também apresenta inconveniências da adoção desta solução. Todavia, o processo de emenda constitucional no Brasil não é tão difícil [quando comparado com outros países - direito comparado] e por isso é permitido ao Congresso Nacional hipóteses de superação para as interpretações constitucionais do STF.

Certo é que a Suprema Corte prima por sua autopreservação, e por isso muitas vezes guia-se por uma postura de “reação antecipada”, e pode muito bem seguir uma preferência de adequar-se à perspectiva aceitável pelos poderes políticos.<sup>117</sup>

Outro ponto abordado por Brandão, é que no início da edição de uma Constituição [tal como ocorrido no Brasil] as Supremas Cortes, de uma forma geral, [é apontada como exceção o caso da Rússia], tem um comportamento de um crescente ativismo judicial, sem, contudo, esquivarem-se das chamadas ‘teorias do equilíbrio’ que visam atuar nos limites políticos e institucionais impostos à Suprema Corte quando do seu processo decisório. Trata-se do modelo *rational choice theory* que explica a interação estratégica entre os poderes na interpretação do direito – o modelo de interação *rational choice theory* supõe que os atores institucionais conheçam as decisões e as preferências do seu “adversário”, para que assim possam a elas se antecipar.<sup>118</sup> William N. Eskridge Júnior desenvolveu uma interpretação dinâmica do direito, segundo a qual o Judiciário não aplica meramente as suas preferências (ideológicas ou jurídicas), antes as submete ao jogo político sequencial.<sup>119</sup>

Trata-se de um corolário da separação dos poderes, que atua como freios e contrapesos, e atribui uma dinâmica para a interpretação do direito. Ou seja, para aprovar uma

<sup>116</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 374.

<sup>117</sup> WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 1. Issue 3, 1.7.2003. p. 447. Disponível em: < <https://academic.oup.com/icon/article/1/3/446/732982> > Acesso em: 24.7.2018; BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 310.

<sup>118</sup> BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations*. 2004. Apud: BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 319.

<sup>119</sup> ESKRIDGE JÚNIOR, William N. *Overriding Supreme Court Statutory Decisions*. *Yale Law Journal*, vol. 101, nº 2, 1991. p. 331-417. Disponível em: < [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3836/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3836/) > Acesso em: 24.7.2018.

lei exige-se a comunhão entre a maioria parlamentar e do presidente da república (detém o poder do veto), e do outro lado, tem-se o controle da constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário que invalida a lei. Ou seja, no Brasil não há supremacia judicial, e sim um sistema de pesos e contrapesos que apresenta um resultado de interação entre as preferências dos três poderes.

A premissa fundamental é a de que os atores não aplicarão ingenuamente as suas preferências cruas, mas, diante do risco de elas serem afastadas pelas preferências dos demais jogadores, cada um deles atuará estrategicamente para que o resultado da interação seja o mais próximo possível da sua preferência inicial, a qual, portanto, será alterada no mínimo necessário para que se possa vencer a disputa. A tendência natural do jogo é o resultado se situar em um ponto de indiferença, onde há um equilíbrio entre as preferências dos jogadores.<sup>120</sup>

Quando há crises institucionais entre o Judiciário e os poderes políticos, Brandão explica que assim ocorre em razão do Judiciário não adotar postura de autorrestrrição quando de suas preferências e são estas radicalmente desviastes daquelas esposadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>121</sup> O autor fala também que há fatores que influem no funcionamento dos diálogos institucionais, quais sejam: à atuação de grupos de interesse bem articulados e a influência da opinião pública. No Brasil à influência de grupos de interesse na interpretação constitucional encontram enormes dificuldades para a efetiva fruição de direitos. Brandão dá como exemplo destas dificuldades a determinação do art. 15, inc. III, CF/88, que somente pode suspender o exercício dos direitos políticos após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, bem como, a crítica a condição dos presos provisórios não poderem exercer seus direitos ao voto.<sup>122</sup>

Eskridge, em sua investigação sobre os casos de superação legislativa, elaborou um rol de atores mais propensos a reverter decisões judiciais indesejadas: governo federal, grupos financeiros (empresários, banqueiros, etc.), cidadãos difusos, governos locais, sindicatos de trabalhadores, mulheres, portadores de necessidades especiais, acusados em

<sup>120</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 314. Participa do mesmo entendimento, HANSFORD, Thomas G.; DAMORE, David F. *Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making*. *American politics quarterly*. vol. 28, nº 4, 2000. p. 494-497.

<sup>121</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 314.

<sup>122</sup> SARMENTO, Daniel. Representação sobre a violação ao direito de voto do preso provisório. In: Sarmento, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 311-334. Ainda que sob algumas limitações, somente no ano de 2016 que o CNJ selou acordo de cooperação técnica com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Ministério da Justiça e outros órgãos e entidades para garantir o exercício do direito de voto para presos provisórios e adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade. BRANDÃO, 2017. Op. cit. 316-317.

processos criminais, minorias raciais, imigrantes, pobres, etc.<sup>123</sup>

Jeb Barnes, citado por Brandão, revelou que o governo federal é o ator mais bem-sucedido em promover a reversão de decisões judiciais, sobretudo aquelas que causam mais impacto financeiro-orçamentário.<sup>124</sup> Lembra-se contudo, o autor, que a opinião pública é influência decisiva para a jurisprudência constitucional nas Supremas Cortes. Quanto maior a independência judicial, mais alto o custo político para uma não implementação de decisão judicial.

As Cortes Supremas tendem a permitir a influência da opinião pública posto que há uma consciência de que a prolação reiterada de decisões inaceitáveis por maiorias políticas e pela população, torna factível o uso dos referidos mecanismos de reação política, e por isso a Corte busca por evitar tal postura e ao mesmo tempo favorecer uma certa neutralidade política [justiça cega], e assim mantém sua integridade institucional, bem como também, a expansão dos seus poderes – caracterizando o ativismo judicial.<sup>125</sup>

A hipótese de o Legislativo restar com ausência de ação, é ponto de prevalência da implementação de decisões judiciais com supremacia do judiciário. Um dos fatores relevantes para que haja efetiva publicidade da decisão judicial e legislativa é o seu monitoramento por grupos de interesse organizados, tornando conhecido os temas tratados.<sup>126</sup> Neste cenário, costumam ser mais frequentes superações legislativas de decisões da Suprema Corte quando atuam como *amicus curiae* entidades representativas organizadas.<sup>127</sup>

Assim, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é um sistema de solução de disputas constitucionais no qual a Suprema Corte é influenciada pela opinião pública por meio dos mecanismos de reação política [superação legislativa] que os demais ‘Poderes’ dispõem em um regime de separação dos poderes.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 431; ESKRIDGE JR., 1991. Op. cit. p. 348.

<sup>124</sup> BARNES, 2004. Apud: BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 317.

<sup>125</sup> VANBERG, Georg. *The Politics of judicial review in Germany. Political economy of institutions and decisions*. Cambridge - UK; New York - USA; Madrid - Spain: Cambridge University Press, July, 2009. ISBN 9780511510427. p. 52. Disponível em:

< [http://assets.cambridge.org/97805218/36470/frontmatter/9780521836470\\_frontmatter.pdf](http://assets.cambridge.org/97805218/36470/frontmatter/9780521836470_frontmatter.pdf) > Acesso em: 25.7.2018.

<sup>126</sup> VANBERG, 2009. Op. cit. p. 95-116.

<sup>127</sup> ESKRIDGE JR., 1991. Op. cit.

<sup>128</sup> FRIEDMAN, 2003. Op. cit.

## 2.3 Ativismo Congressual no Brasil: Inexistência de Supremacia Judicial

O ativismo congressual no Brasil já ocorre antes da Constituição de 1988. Existem casos diversos em que o Supremo aceitou a divergência trazida pelo Poder Legislativo mesmo após analisar o caso concreto. O Supremo sempre teve boa aceitação à reação do Legislativo contra as decisões da Corte, pois o diálogo constitucional já acontecia em tempos mais antigos. Essa supremacia judicial começa a se instalar com mais vigor após a Constituição de 1988, a partir do momento em que o Congresso começa a ter uma atividade mais tímida, deixando um espaço para o avanço do Judiciário, porém, quando o poder Legislativo é provocado em assuntos que considera primordiais da sua essência, ele ao longo do tempo tem demonstrado sua reação e, dessa forma, o ativismo congressual.

### 2.3.1 As Primeiras Contraposições ao STF

Na infância da República, tem-se o primeiro episódio de superação legislativa, pelo Presidente da República - Marechal Hermes da Fonseca -, por meio da edição de um decreto, de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.

Talvez a decisão mais marcante desse período tenha sido a concessão de *habeas corpus*, pelo Supremo, a um grupo de intendentes do Conselho Municipal do Distrito Federal. Este Conselho era o Legislativo da capital da República, composto por 16 intendentes eleitos. No pleito eleitoral de 1909, uma divisão entre grupos rivais, em razão de ambos julgarem-se no direito de ocupar a direção do Conselho, gerou grave comoção. O Presidente da República, Nilo Peçanha, editou decreto determinando que o Prefeito do Distrito Federal assumisse a administração e o governo de toda a capital e, então, sucederam-se várias impetrações. A ordem de *habeas corpus* que dava permissão a um grupo de intendentes para que ingressassem no edifício-sede do Conselho e continuassem o trabalho de verificação dos poderes dos intendentes eleitos contornava o referido decreto presidencial. O voto condutor da posição da Corte foi proferido pelo Ministro Pedro Lessa. O caso possui nuances interessantes, mas que sobejam o objeto do trabalho. O relevante é que, na sequência, o Presidente Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir a decisão do STF e informou, por intermédio de ofício do Ministério da Justiça e de mensagem ao Congresso Nacional, que a concessão do *habeas corpus* por meio daquela nova doutrina extrapolava as funções do Poder Judiciário. O Ministro Pedro Lessa, na sessão seguinte ao recebimento do ofício, levou o assunto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, respondeu às críticas contidas na mensagem presidencial e, em seguida, passou a rechaçar a indevida invasão presidencial das competências do Judiciário e o descumprimento de sua decisão. Carlos Bastide Horbach informa que o quadro fático não mudou. O Conselho Municipal do Distrito Federal continuou a sofrer os efeitos do decreto editado pelo Marechal

Hermes da Fonseca.<sup>129</sup>

Caso emblemático de contraposição ao Supremo Tribunal Federal é o do governo Floriano Peixoto (1891 a 1894). Outra situação nos primórdios da República ocorre quando o presidente Floriano Peixoto ameaça de prisão os ministros do STF caso eles deferissem *habeas corpus* em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano Peixoto ter assumido a presidência com a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições.

Outra situação: Os ofícios do ministro da Guerra publicados em Diário Oficial comunicando ao STF suas discordâncias para as razões empregadas pelo STF, o que justificaria o seu descumprimento a decisão judicial, nos *habeas corpus* relativos à Revolução Federalista no Rio Grande do Sul;<sup>130</sup> O caso do deferimento pelo STF de salvo-conduto em favor de estrangeiros que estiveram envolvidos na Revolta da Armada para impedir que fosse expulsos do Brasil; para este caso, Floriano Peixoto expediu Decreto de Expulsão com data retroativa.

Tem-se também, por exemplo, a redução das competências do STF quando da: extinção da doutrina brasileira para o *habeas corpus* pela Reforma Constitucional de 1926 (privando direito que não a liberdade de locomoção de um instrumento processual célere e efetivo para a sua tutela); e, na insindicabilidade judicial das questões políticas promovida pela Constituição de 1937.<sup>131</sup> Brandão apresenta outros exemplos ainda: - Quanto à alteração do número de ministros, à cassação das suas investidas e à suspensão das garantias da magistratura são exemplos emblemáticos dos atos do Governo Provisório após a Revolução de 1930, que reduziram de 15 para 11 o número de ministros do STF e aposentaram compulsoriamente seis ministros; o Ato-Institucional nº 2 (27.10.1965), que aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16 (em vagas depois preenchidas por ministros ligados à UDN) e suspendeu as garantias dos magistrados. Por fim, cite-se a previsão na Carta de 1937 acerca da possibilidade de o Parlamento negar aplicação a decisões do STF que, diante do fechamento do Legislativo durante o Estado Novo, foi usada pelo Presidente Getúlio Vargas por meio de decretos-leis.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial**: Ministro Pedro Cessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 83-85.

<sup>130</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. 322.

<sup>131</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. 323.

<sup>132</sup> Gilmar Ferreira Mendes, alerta para este episódio registrado na evolução constitucional brasileira, quando a Constituição de 1937 faz expressa referência e criava o procedimento para a derrubada de decisão judicial que declarasse inconstitucionalidade de atos normativos. “Na Constituição de 1937 criou-se a possibilidade de se suspender, mediante ato Legislativo, decisão judicial que declarasse inconstitucionalidade do ato normativo.

### 2.3.2 *Supremacia Judicial diferente de Ativismo Judicial*

Para compreensão, divide-se o conceito de ‘supremacia judicial’ da seguinte forma: em sentido formal, significa que a decisão constitucional da Suprema Corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na dificuldade prática da reversão da interpretação judicial da Constituição, representa pois, a definitividade; em sentido amplo, significa uma hiperconstitucionalização e uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos se reconduz a controvérsias constitucionais, em cujo deslinde o Judiciário desempenha o papel de protagonista.<sup>133</sup>

Assim, só com a edição da Constituição de 1988 é que ocorre uma expansão do papel político do Judiciário, sobretudo na seara da interpretação constitucional. A partir daí, também primou-se por princípios macroinstitucionais sob a denominação fragmentado de conceitos, tais como, presidencialismo, Legislativo bicameral, federalismo, multipartidarismo, sistema proporcional de lista aberta para eleição de parlamentares, etc.

Nos momentos pós promulgação da Constituição de 1988 há uma consolidação da democracia e o apoio popular à independência judicial o que impede que mecanismos realizem qualquer ataque institucional ao Judiciário. A única hipótese era se o STF se portasse de forma radicalmente diferente das majorias políticas e da opinião pública brasileira, o que dificilmente ocorre.<sup>134</sup>

A ordem jurídica brasileira refletiu a influência desses fatores políticos, na medida em que foram positivados instrumentos que expandiram a possibilidade de o Judiciário controlar a validade dos atos praticados pelos demais “poderes”. Por sua vez, viu-se que tais fatores políticos e institucionais repercutiram intensamente na doutrina e na jurisprudência pátrias, com a incorporação de teses de interpretação constitucional

---

Isso deveria ocorrer por meio de uma resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*. A lei *confirmada* ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional. A necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensamente "antidemocrático" da jurisdição, que acabava por permitir a utilização do controle de normas como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um *Poder Moderador*. Deveria ser criada sobretudo em virtude da *abertura* das normas constitucionais uma instância especial, que estivesse em condições de corrigir eventuais desvios da Constituição. A faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decreto-leis (Constituição de 1937, art. 180). Confirmada a constitucionalidade da lei, passava o Supremo Tribunal Federal a reconhecer *ipso jure* a sua validade”. MAXIMILIANO, Carlos [Ministro]. Voto Mandado de Segurança no 623. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30-33.

<sup>133</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. 323.

<sup>134</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. 324.

judicialistas e com a mudança da autopercepção do juiz acerca da natureza e da extensão das suas funções.<sup>135</sup>

Para além destas determinações a Constituição brasileira de 1988 positivou uma série de mecanismos de freios e contrapesos que permitiram o controle de diversos setores estatais em face do Judiciário. Há que se levar em conta, ou até mesmo voltar os olhos para o que a Constituição (o legislador) desejou com o mecanismo de freios e contrapesos para o equilíbrio e harmonia entre os Poderes. Por exemplo, o Parlamento pode controlar o orçamento do Judiciário, podendo fixar menor valor ou simplesmente rejeitar a proposta (vide art. 99, §1º; art. 165; art. 96, inc. II, b; art. 95, inc. III – todos da CF/88). Este é inclusive um dos muitos conflitos entre o Parlamento e a Suprema Corte quando da definição do orçamento dos Tribunais e salários dos juízes.

Deste contexto, traz a seguinte reflexão: não se pode ser ingênuo e não reconhecer a possibilidade do uso do poder do Congresso sobre o orçamento dos Tribunais e salários dos juízes como instrumentos de retaliação ao Judiciário ou de pressão para alteração do curso de sua jurisprudência. Todavia, há de se lembrar também, que esta forma é ilegítima e ineficiente posto que há na ordem legal outros mecanismos mais sintonizados e mais aptos para a comunicação dos poderes políticos de suas preferências à Suprema Corte. Há de se reconhecer como parte essencial do Estado de Direito a garantia de condições adequadas de trabalhos e vencimentos dignos e compatíveis com os misteres cargos de juízes, sendo estes pressupostos da independência judicial.<sup>136</sup>

O poder de nomeação dos membros do STF pelo Presidente da República é uma das limitações [bem como, também a sabatina realizada pelo Senado sobre esta indicação] para a existência da Supremacia Judicial, pois, em razão do reduzido número de questões constitucionais discutidas no Senado durante o período que o Presidente ocupa o cargo, revela uma falta de concomitância de momentos; esta falta de coincidências de períodos ocorre também no momento em que o assunto surge no STF, bem como também a característica de vitaliciedade do juiz no cargo, que costuma ser de longo período. Soma-se a estas razões, a dificuldade de implementação das decisões [em razão do hermetismo da linguagem jurídica e a baixa saliência política] do STF, e o fato de o STF não colher votos no que diz respeito à fundamentação da decisão proferida da Suprema Corte, são todas limites [ou barreiras] a uma efetiva supremacia judicial em sentido material.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 324.

<sup>136</sup> Idem. p. 325.

<sup>137</sup> É exemplo de tal situação a ADI 3.853, proposta em face da Emenda nº 35 à Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, que instituiu subsídio mensal e vitalício aos ex-Governadores daquele Estado, de natureza

## 2.4 Teoria dos Diálogos Constitucionais e Teoria da Construção Coordenada

Hogg e Buschell consideram que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 apresenta características que facilitam o diálogo: seção 1 – conhecida como *limitation clause* - possibilidade de o legislador impor limites razoáveis aos direitos fundamentais [em comparação ao que se deseja neste trabalho, o uso da seção 1, nos moldes da Constituição Canadense, quer tratar do uso da Lei Ordinária na superação legislativa] -, e 33 (*override clause*) [já a *override clause*, quer significar o uso de Emenda Constitucional quando da superação legislativa ou congressional].<sup>138</sup>

A seção 1 da Carta canadense afigura-se à apologia dos direitos fundamentais como trunfos, tal como ocorre na acepção de Dworkin. Os canadenses, no mesmo documento elevavam a *status* constitucional os direitos fundamentais, cuidavam de fazer a previsão expressa da possibilidade de sua limitação pelo legislador. Ou seja, pode o Legislativo, o Parlamento limitar até onde pode ir normas constitucionais para os direitos fundamentais, ou apontar o que não é direito fundamental nas normas proclamadas. Janet Hiebert informa que tal previsão permite a condução a um debate mais transparente sobre as justificativas e os méritos das escolhas políticas, em especial quando impliquem restrições a direitos, as quais devem ser rigorosamente justificadas. Desse modo, a Seção 1 da Carta canadense ratifica o necessário diálogo e de debate institucional.<sup>139</sup> [grifos nossos]

O Canadá não quis replicar o modelo de controle de constitucionalidade que gerasse ‘*supremacia judicial*’, bem como também não quis replicar preocupações com a chamada ‘*contramajoritária*’ - que seria a invalidação das leis aprovadas por uma maioria parlamentar, o que seria uma ofensa à democracia -,<sup>140</sup> que ocorre no modelos americanos e ingleses de *judicial review*. Com a aprovação de sua Carta de Direitos, em 1982, o Canadá passou a contar com um instituto do controle judicial de constitucionalidade, com

---

idêntica ao percebido pelo atual chefe do Poder Executivo estadual e pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular. Apesar do STF ter proferido tal decisão em 2007, mantém-se inclusive nos dias atuais que os proventos e pensões em favor de ex-governadores e parentes, inclusive em favor de indivíduos que ocuparam o cargo por período íntimo de tempo, em substituição eventual ao titular do cargo. Informa-se por oportuno que o Conselho Federal da OAB deliberou pela propositura de ações diretas no STF visando a questionar a sua constitucionalidade. CARNEIRO, Luiz Orlando. OAB ajuíza terceira ação no STF contra pensões para ex-governadores. **Jornal do Brasil**, 1.2.2011. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/01/oab-ajuiza-terceira-acao-no-stf-contrapensoes-para-ex-governadores-2/> > Acesso em: 26.7.2018. BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 327; 330; 333.

<sup>138</sup> *Override clause* é a denominação dada à [primeira vez que houve] superação legislativa no Canadá. Ver tópico 2.1 deste trabalho. HOGG e BUSCHELL, 1997. Op. cit.

<sup>139</sup> HIEBERT, Janet. **Limiting rights: the dilemma of judicial review**. Quebec: McGill-Queens University, 1.996. p. 153. Disponível em: < <http://www.mqup.ca/limiting-rights-products-9780773514317.php> > Acesso em: 6.8.2018.

<sup>140</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 186.

fundamentos na história institucional do país e que acomodasse suas necessidades e evitasse os problemas de um modelo de supremacia judicial sobre a Constituição - tal como os já citados, EUA e Inglaterra -<sup>141</sup>, e viabilizava o diálogo entre a Corte e o Parlamento, com a possibilidade de superação da decisão judicial por parte de reação do Legislativo.<sup>142</sup> Este *diálogo* foi inserido por meio da cláusula *não obstante* (*notwithstanding clause* ou *override clause*), que está assim prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá.<sup>143</sup>

A consistência deste diálogo é a de identificar melhor forma de aplicar direitos fundamentais, tendo em vista que a maioria das decisões constitucionais da Suprema Corte resultaram em algum tipo de sequela normativa.<sup>144</sup> No uso do instrumento de leis ordinárias para reverter decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte, Hogg e Buschell consideravam que um dos limites à 1) *teoria dos diálogos* verifica-se na hipótese de a Suprema Corte julgar inconstitucionais os objetivos perseguidos pelo legislador: nesta hipótese, somente restaria ao Parlamento o uso da *override clause* [emenda constitucional] para a superação legislativa.<sup>145</sup>

Roach, citado em Brandão, sob o mesmo entendimento, explica que os mecanismos válidos de reação legislativa: a seção nº 1 constituiria o instrumento dos diálogos constitucionais [o exemplo advém da Carta dos Direitos canadense, que no paralelo da realidade brasileira, significa uso da Lei Ordinária para superação legislativa], sob a concepção de que a lei limita os direitos fundamentais, e em outra vertente, que a Suprema Corte controla a razoabilidade desses limites. Eis o estabelecimento da primeira *teoria dos diálogos constitucionais*, em que consiste na participação e contribuição específica de cada instituição: a Suprema Corte, com a sua *expertise* na proteção de direitos (sobretudo de minorias estigmatizadas no processo político), e o Parlamento, com informações sobre os objetivos da regulação estatal e com a sua sintonia com as demandas populares.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *American Journal of Comparative Law*, nº 707, University of California, Los Angeles (UCLA), 6.11.2012. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401) > Acesso em: 6.8.2018.

<sup>142</sup> MENDES, Conrado H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado democrático de direito e correção legislativa da jurisprudência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 18, nº 73, out.-dez., 2010, p. 160-191; WEBBER, Jeremy. *Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere)*. *Australian Journal of Human Rights* 135, vol. 9, nº 1, 2003. Disponível em: < <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJHRights/2003/8.html> > Acesso em: 6.8.2018.

<sup>143</sup> 33. *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter*. Constitutional Act, 1982 - Canadian Charter of Rights and Freedoms

<sup>144</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 336.

<sup>145</sup> HOGG e BUSCHELL, 1997. Op. cit.

<sup>146</sup> ROACH. Apud. BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 336.

Na hipótese de existir uma maior capacidade de proteção aos direitos, tem-se a 2) *teoria da construção coordenada* que postula uma efetiva igualdade entre a Suprema Corte e o Legislativo para à interpretação da Constituição. Esta teoria estaria inspirada na separação dos poderes com ênfase nos mecanismos de freios e contrapesos, mas que cada “poder” tem a possibilidade de interpretar a Constituição, como um pressuposto necessário ao exercício das suas atribuições.<sup>147</sup>

As variáveis possíveis de serem utilizada na construção desta Teoria [Teoria Construção Coordenada] para interpretação da Constituição, seriam: (i) a não vinculação dos poderes que não concordem com a decisão judicial; (ii) os efeitos é interpartes das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte, não ocorrendo a vinculação dos demais departamentos estatais em casos futuros (efeito erga omnes e vinculantes);<sup>148</sup> e, (iii) a legitimidade de superação de decisão de inconstitucionalidade por lei ordinária (superação normativa ou *legislative override*). Na *Teoria Construção Coordenada* as leis ordinárias é que superam as decisões da Suprema Corte atuando tanto nos limites estipulados pela Corte, quanto nos objetivos reputados pela Suprema Corte como inconstitucionais.<sup>149</sup> Trata-se da leis *in your face* [leis ordinárias] que são assim destinadas [seguindo o trâmite constitucional] a fazer prevalecer leis declaradas como inconstitucionais pela Suprema Corte. Segundo Brandão, seria um instrumento de construção dialógica da Carta Magna, incluindo estruturas antes consideradas como inconstitucionais pela Suprema Corte. Não se trataria de supremacia parlamentar, mas da implementação de um sistema de freios e contrapesos, e para tanto, nenhuma instituição tem a última palavra.<sup>150</sup>

A *Teoria Construção Coordenada*, assim como a *Teoria dos Diálogos Constitucionais*, reconhece a interpretação constitucional como um processo longo e interativo no qual as instituições contribuem com as suas capacidades específicas e atuam

<sup>147</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 339.

<sup>148</sup> GREENE, Abner S. *Against interpretative obligation (to the Supreme Court)*. *Fordham Law Review*, vol. 75, issue nº 3, artigo 22. 2006. Disponível em:

< <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4238&context=flr> > Acesso em:

<sup>149</sup> BATEMAN, Thomas M.J. *Not Quite Supreme: the courts and coordinate constitutional interpretation (review)*. *Canadian Public Policy. University of Toronto*, vol. 36, nº 3, sept. 2010. p. 402-403. Disponível em: < <https://muse.jhu.edu/article/396290/pdf> > Acesso em: 28.7.2018; BAKER, Dennis. *Not Quite Supreme: the courts and coordinate constitutional interpretation*. Not Quite Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2010. Disponível em: < <https://www.thefreelibrary.com/Not+Quite+Supreme%3A+The+Courts+and+Coordinate+Constitutional+...-a0246178474> > Acesso em: 28.7.2018.

<sup>150</sup> MANFREDI, Christopher P. *The day the dialogue died: a comment on Sauvé v. Canada*. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, nº 1, Article nº 5, spring, 2007. p. 107-123. Disponível em: < <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1257&context=ohlj> > Acesso em: 28.7.2018.

com vistas à mútua acomodação das suas perspectivas.<sup>151</sup>

## 2.5 Ativismo Congressual e Reação Legislativa no Brasil

No Brasil, a reação legislativa é uma forma de "ativismo congressual" com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento *antidialógico* (*sic*) por parte do STF, [...] amparado no princípio da separação de poderes.<sup>152</sup>

O ativismo congressual é meio de o Congresso Nacional atuar de forma mais efetiva e intensa nos temas constitucionais tratados pelo STF. O ativismo congressual então, como forma de uma participação mais ativa do Congresso Nacional, é o refutar a alguns posicionamentos do Supremo, permitindo possibilidades de novos debates acerca de determinados temas.

A “reação legislativa” [ou ativismo congressual] é justo a possibilidade de o Legislativo editar um ato normativo de conteúdo idêntico a um outro declarado inconstitucional pelo STF.<sup>153</sup> Esta é uma das formas de não fossilizar a Constituição, ratificou o Ministro Cezar Peluzo.<sup>154</sup>

Fala-se em renovar os debates sob justificativas de uma nova realidade, ou um novo entendimento para uma jurisprudência já editada, com a edição de uma nova lei editada pelo Congresso que, mesmo que tenha conteúdo idêntico ao de um ato normativo declarado inconstitucional, e que por presunção já nasça inconstitucional, tem possibilidades de apresentar premissas fáticas e jurídicas que convença o Supremo das razões que entende presentes para que haja uma virada jurisprudencial, numa superação das premissas que um dia fundamentou a decisão do STF. Márcio André Lopes Cavalcante também denomina de mutação constitucional pela via legislativa.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 340.

<sup>152</sup> CAVALCANTE, 2015. Op. cit.

<sup>153</sup> PELUZO, Cezar. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 5105/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 1.10.2015. DJe: 16.3.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285105%2EENUME%2E+OU+5105%2EACMS%2E%29+%28%28LUIZ+FUX%29%2ENORL%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORV%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORA%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=htt p://tinyurl.com/y8z6du35>> Acesso em: 7.7.2018.

<sup>154</sup> LENZA, 20Coforme 16. Op. cit. p. 374.

<sup>155</sup> CAVALCANTE, 2015. Op. cit.

Críticas não faltam a este exercício do Legislativo seria inútil, mas não se pode perder de vista que os Ministros da Corte podem se convencer dos argumentos utilizados pelo Legislativo e retificar o posicionamento anterior. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-lo, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento.<sup>156</sup>

### *2.5.1 Formas de Reação Legislativa: lei ordinária e emenda constitucional*

O STF não proíbe o Poder Legislativo de editar leis ou emendas constitucionais em sentido contrário à decisão emitida. O Legislativo [e seus operadores] por meio de emenda constitucional ou lei ordinária realizam uma reversão jurisprudencial, supera desta forma, a jurisprudência da Corte Constitucional.<sup>157</sup> Por oportuno explica-se que, quando o Legislativo age [reação legislativa] por meio de uma emenda constitucional, só poderá assim ocorrer quando infringidos os limites previstos no art. 60, e seus §§, CF/88. Ou seja, para que o Congresso Nacional possa se manifestar por meio da edição de uma emenda constitucional para alterar a interpretação dada pelo STF em uma determinada situação, esta emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo Legislativo para edição de emendas. O Congresso Nacional ainda que em não-concordância com a decisão do STF, ao utilizar a emenda constitucional para “corrigir” a decisão/interpretação do STF para uma determinada lei, se seguir o trâmite legal para esta emenda constitucional, não há porque esta ser considerada inconstitucional, e por isto haverá supremacia judicial em sentido material, explica Brandão.<sup>158</sup>

A dinâmica das relações institucionais sobre a interpretação da Constituição brasileira revela que o método típico de superação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional. Isso ocorre em razão de uma relativa facilidade do processo de emenda constitucional, o que estimula o ativismo Legislativo frente ao ativismo judicial. Desde a promulgação da

<sup>156</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 409.

<sup>157</sup> CAVALCANTE, 2015. Op. cit.

<sup>158</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 308.

Constituição em 1988, já houve um sem número de emendas constitucionais superadoras de decisões de inconstitucionalidade do STF. Em sentido formal, significa que a decisão constitucional da Suprema Corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na dificuldade prática da reversão da interpretação judicial da Constituição, representa algo definitivo; em sentido amplo, significa uma hiperconstitucionalização e uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos são levadas a controvérsias constitucionais. Neste cenário, o Judiciário é o protagonista.

Para a reação legislativa por meio de proposta de lei ordinária com o objetivo de mudar o entendimento do STF para uma determinada decisão, é preciso explicar que uma lei que nasça em colisão com a jurisprudência do STF, por presunção, já estaria inconstitucional.

O uso do instrumento “leis ordinárias” na efetivação da superação legislativa [que seria o uso da seção nº 1 na Carta de Direitos canadense], somente é legítimo caso a Suprema Corte afirme que o legislador se vale de um meio inválido para perseguir um objetivo válido. Victor afirma que o processo ordinário é aquele mais interessante justo porque é o que causa maior polêmica entre os defensores de cada Casa, e entendimentos diversos acerca da supremacia judicial.<sup>159</sup> Neste caso, não há óbice a que o legislador aprove nova lei na qual se prevê medida compatível com a jurisprudência da Suprema Corte. Lembra-se que o processo para julgo de Lei Ordinária [processo Legislativo ordinário] nas duas casas do Legislativo obedecem de forma sólida as exigências de dois turnos de votação e do *quórum* de três quintos. Ainda assim, caso a Suprema Corte venha reputar inconstitucional o próprio objetivo [ou objeto] perseguido pela lei, somente restaria ao Parlamento a *override clause*. Ou seja, conforme salientado por Roach e Buschell, o Parlamento somente pode se valer da seção 1 [Lei Ordinária] para reagir à decisão judicial se aprovar lei que persiga o objetivo da lei invalidada de forma compatível com a interpretação dada pela Suprema Corte a direito fundamental. Entretanto, se o objetivo do legislador é o de reverter decisão judicial que invalidou os objetivos de lei pretérita, atribuindo conteúdo diverso à Carta de Direitos, o único caminho legítimo seria a *override clause* [qual seja, no paralelo entendimento para a realidade brasileira, a emenda constitucional].

Para fazer a compreensão do que se pretende com a edição da lei ordinária é preciso que o legislador demonstre de forma argumentativa as mudanças propostas com os devidos precedentes legítimos. Cavalcante alerta para o rigoroso controle de

---

<sup>159</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 227.

constitucionalidade que ocorrerá para a “*novel* legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (*leis in your face*).”<sup>160</sup>

Apesar das vantagens da “superação normativa” sobre os demais mecanismos de reação política a decisões judiciais indesejadas, deve se reconhecer que, se o Congresso Nacional puder reverter decisão constitucional da Suprema Corte pelo processo Legislativo ordinário, o regime se aproximará de um modelo de flexibilidade constitucional e de supremacia parlamentar [...].<sup>161</sup>

É por meio da reação legislativa que o Poder Legislativo tem a possibilidade de mudar a posição do STF, bem como outras mutações constitucionais.

De acordo com a Constituição da República, o STF tem por missão dar a última palavra em termos de interpretação da Constituição. Entretanto, há autores que divergem deste entendimento [cristalizado] e tem registrado que não seria salutar atribuir a um único órgão a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. O Legislativo tem a capacidade autêntica de interpretação do Texto Constitucional, e justo por tal pode editar uma lei ou EC, e assim superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento do STF para um determinado tema. Este cenário é que caracteriza a “reação legislativa” ou “superação legislativa”.

Sem a superação legislativa, estar-se-ia aplicando a independência judicial, implicando com isso um alto custo político em qualquer medida que se destine a não implementar decisão judicial. O custo político será maior nos casos de ataques institucionais e de retaliações ao Judiciário, promovendo [naturalmente] uma menor transparência nos cursos das ações.<sup>162</sup>

O STF pode e deve refletir sobre os argumentos que advêm da própria evolução da sociedade, e que são fornecidos pelo Parlamento; esses novos dados permitirão um novo entendimento dando suporte ao novo ato normativo; por evidência então, esses novos dados que revelam um novo entendimento da sociedade brasileira, não devem ser ignorados, e uma nova medida legislativa não representaria uma afronta à autoridade. Brandão conta que quando se aprova uma norma idêntica à anteriormente declarada inconstitucional tem claras vantagens sobre a sua não implementação. “Por se tratar de uma reação expressa à decisão judicial, todos terão a oportunidade de conhecê-la”, dando oportunidade inclusive à Suprema

<sup>160</sup> CAVALCANTE, 2105. Op. cit.

<sup>161</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 308.

<sup>162</sup> Idem. p. 307-308.

Corte de reexaminar a constitucionalidade do conteúdo reproduzido pela “norma superadora”.<sup>163</sup>

Com o passar do tempo entre um entendimento e mudanças na sociedade, faz com que os ministros também mudem suas posições quando do decidir para os casos em concreto, bem como, também ocorrem mudanças na própria Corte, e saem e entram alguns dos ministros, com outros posicionamentos diferentes para as mesmas situações.

Nas hipóteses apontadas, registra-se, por fim, que se a Constituição se abre a interpretações divergentes, alguma instituição, em algum momento, deve ter o poder de definir coercitivamente o seu sentido, sob pena de a Constituição não desempenhar a sua função de estabilizar a solução jurídica para questões controversas.

A possibilidade prática da superação das decisões constitucionais do STF confere ao Congresso Nacional um instrumento viável de comunicação das preferências do povo e dos seus representantes ao STF, evitando que o sentido futuro da Constituição fique refém das únicas interpretações judiciais ainda que sob hipótese de serem tidas como inaceitáveis pela opinião pública e pelos demais “poderes”.<sup>164</sup> A superação legislativa é, pois, forma de *accountability* e abertura ao processo de interpretação e aplicação da Constituição de 1988.<sup>165</sup>

## 2.6 Posicionamento do STF para a Superação Legislativa

A negativa da validade de leis que superassem frontalmente decisões de inconstitucionalidade (como as leis *in your face* – leis ordinárias) - situações em que o legislador ordinário pode interpretar diretamente a Constituição, com vistas a criar novos direitos ou a reverter precedentes da Suprema Corte, a lei repousará sobranceira sobre a Constituição, e o Congresso Nacional disporá de poderes absolutos – ou seja, tal situação é expurgada pelo STF e por muitos autores na doutrina. No STF a reação é dada em alguns posicionamentos a favor e contra a tal entendimento, veja-se:

<sup>163</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 307-308.

<sup>164</sup> Idem. Ibidem.

<sup>165</sup> Vê-se aqui, neste momento, necessária lembrança da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 03/2011, apresentada à Câmara dos Deputados, autoria do Deputado Nazareno Fonteles, com a propositura de alterar a redação do art. 49, inc. V, CF/1988, para que o Congresso Nacional possa sustar não apenas os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, mas também os atos dos Poder Judiciário que se revelem abusivos. Tal superação legislativa de decisões judiciais (inclusive de decisões constitucionais da Suprema Corte) se sujeitaria ao *quorum* de maioria simples, diante da ausência de previsão de maioria qualificada, equiparando-se, para o problema em foco, à lei ordinária, a qual apresenta vissitudes para tal procedimento. Entende o autor da PEC que o Legislativo por poder sustar os atos do Poder Executivo e não poder sustar os atos do Judiciário não estaria de fato realizado o equilíbrio entre os Poderes. BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 375.

1) Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo que liderou a corrente majoritária, considerou inconstitucional a tentativa do Congresso Nacional de aprovar lei que adote interpretação constitucional diversa da atribuída pelo STF, embora tenha admitido a edição de lei idêntica à declarada inconstitucional pelo STF;

2) Ministro Eros Grau, este ministro tem posicionamento oposto, eis que considerou viável a aprovação de lei que reverta a interpretação constitucional do STF, mas inviável que se reedite lei anteriormente declarada inconstitucional;

3) Ministro Gilmar Mendes rejeitou as duas visões, na medida em que afirmou não se poder tachar ambas as leis de inconstitucionais antes de o STF reexaminar os seus conteúdos. Tanto pode que leis que veiculem interpretações constitucionais diversas das atribuídas pelo STF, quanto leis idênticas às declaradas inconstitucionais representarem formas distintas de reabrir o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário sobre a melhor forma de concretizar a Constituição.<sup>166</sup> A edição de norma idêntica à declarada inconstitucional não viola, necessariamente, a Constituição. Ou seja, pode a lei que veicule interpretação de norma constitucional diversa da conferida pelo STF também não ser *per se* inválida. Trata-se antes sim, de serem formas distintas de reabrir o debate entre o Parlamento e o Supremo Tribunal acerca da melhor solução para uma determinada questão constitucional.<sup>167</sup>

4) Sepúlveda Pertence considerou admissível a aprovação de lei idêntica à declarada inconstitucional pelo STF, em razão de reconhecer a ausência de efeito vinculante das decisões constitucionais do STF para o Legislativo,<sup>168</sup> e sendo assim é possibilidade para debates entre o Parlamento e o STF para dirimirem a constitucionalidade e diretriz de uma norma. Contudo, Pertence esclarece que é totalmente inconstitucional, qualquer lei que venha a conferir à norma constitucional exegese diversa da exarada pelo STF,<sup>169</sup> tal fato caracterizaria vícios de inconstitucionalidade formal e material. Não há hipótese de norma inferior ter por objeto imediato a interpretação de norma superior; subversão à hierarquia normativa caracteriza vício formal, se a norma editada pelo Parlamento estiver desvinculada da Constituição, caracteriza o vício material.

5) Ministro Eros Grau votou pela improcedência do pedido, proferindo voto vencido. Não há hipóteses de faculdades para interpretações da Constituição pelo Legislativo. Se assim for, afirma o ministro, é “supor que os braços, como as árvores - na metáfora de

---

<sup>166</sup> BRANDÃO, 2017. p. 372.

<sup>167</sup> Idem. p. 378.

<sup>168</sup> Cf. art. 28, parágrafo único, Lei nº 9.868/1999.

<sup>169</sup> BRANDÃO, 2017. p. 371-372.

Lowenstein -, alcançam os céus.<sup>170</sup>

O Ministro Gilmar Mendes reconhece que a interpretação da Constituição é aberta a atores não judiciais, aí incluso também o legislador, e por isso ratifica o necessário diálogo, o debate institucional. Sendo assim, o STF tem por dever reexaminar o conteúdo das novas leis, podendo manter o seu entendimento anterior (mantendo a inconstitucionalidade das leis) ou aderir às novas razões trazidas pelo legislador (pronunciando a sua constitucionalidade), ainda que estas, a princípio, sejam tidas por “relativa de inconstitucionalidade”, diante da interpretação constitucional já dada pelo STF.

---

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2215**. Requerente: Associação Nacional dos membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 19 dez. 2006; VIEIRA, Gustavo A.M. **Xadrez Constitucional Interpoderes**: entre aticismo judicial e deferência democrática. Jus.com, julho, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/30243/xadrez-constitucional-interpoderes> > Acesso em: 31.7.2018.

### 3 CASOS EM CONCRETO

Este capítulo busca por analisar o histórico de algumas das discussões constitucionais, apresentando algumas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal para que se possa avaliar se há ou não, no Brasil, uma dificuldade contramajoritária enfrentada pela jurisdição constitucional. Os casos em concreto aqui apresentados levam em consideração apenas as ações de controle abstrato de normas (ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)), tendo em vista significarem o ponto mais relevante da atuação do Tribunal em sua relação com o Congresso Nacional, objeto deste trabalho.<sup>171</sup>

#### 3.1 LC 135/2010

Victor apresenta o problema do descumprimento antecipado da Constituição por parte de parlamentares. É quando os parlamentares aprovam leis que são populares, sabendo-as inconstitucionais, confiando no controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em momento posterior. Exemplo fatídico foi a aprovação da LC n. 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa). Em razão de o projeto ter origem popular, vários parlamentares o aprovaram mesmo contra seus respectivos interesses, deixando na Lei cláusulas que previam retroatividade legal - ato inconstitucional.<sup>172</sup> Neste caso específico, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei, surpreendendo os parlamentares.<sup>173 174 175</sup>

Antes desta Lei - LC n. 135/2010 - Lei da Ficha Limpa -, o TSE e o STF possuíam jurisprudência consolidada no sentido de que era possível reconhecer a

<sup>171</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?**: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>172</sup> ROCHA, Fábio Alexandre Barbosa. **Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da ‘Ficha Limpa’)**: violação de princípios constitucionais. Junho, 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/26244/lei-complementar-n-135-2010-lei-da-ficha-limpa-violacao-de-principios-constitucionais> > Acesso em: 11.8.2018.

<sup>173</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADC 29**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário, DJ: 16.2.2012. DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342> > Acesso em: 11.8.2018.

<sup>174</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADC 30**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário, DJ: 16.2.2012. DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411> > Acesso em: 11.8.2018.

<sup>175</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 4.578**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário, DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978> > Acesso em: 11.8.2018.

elegibilidade do candidato, desde que este não tivesse condenação transitada em julgado, aí então seria inelegível. Prevalcia até então, o princípio da presunção de inocência.

A LC 135/2010 é editada justo para superar este entendimento, ou seja, daí em diante não seria mais preciso que houvesse uma decisão condenatória transitado em julgado para uma inelegibilidade. Bastaria que tal decisão fosse proferida por órgão colegiado (e.g. TRE, TJ, TRF), que o candidato já se tornava inapto.<sup>176</sup>

O STF superou suas decisões mais antigas e reconheceu a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, - sendo assim, em sequência, a reação legislativa - é constitucional e não viola o princípio da presunção de inocência.<sup>177</sup>

Este caso evidenciou que não há uma supremacia judicial do STF, e que o Legislativo tem a abertura de corrigir a jurisprudência do STF quando propõe novas leis, e com isso criar novas formas do Supremo interpretar a Constituição.

### 3.2 ADIs 4430 e 4795

Em junho de 2012, o Plenário do STF, ao julgar as ADIs 4430 e 4795, declarou inconstitucionais determinados dispositivos da Lei nº 9.504/97 - chamada de Lei das Eleições.

Em outubro de 2013, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.875/2013, que alterou novamente a Lei nº 9.504/97, mas que designava regras semelhantes àquelas já declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento das ADIs 4430 e 4795. Por meio da Lei nº 12.875/2013 caracterizou-se a reação legislativa à decisão do STF.<sup>178</sup> Ou seja, é uma caracterização da não vinculação do Legislativo às decisões proclamadas – e seus efeitos -, pelo STF.

Quando da análise da Corte sobre as justificativas que deram origem a Lei nº 12.875/2013, não percebeu correlação entre a edição da Lei e às mudanças ocorrida na sociedade, e por isso determinou a nova Lei como ilegítima para a reversão da interpretação dada pelo Tribunal, com isso foi proposta ADI 5105 contra a Lei nº 12.875/2013. Restou

<sup>176</sup> CAVALCANTE, 2105. Op. cit.

<sup>177</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Plenário. ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 16.2.2012. DJe: 29.6.2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Informativo STF nº 655**. Brasília, 13 a 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo655.htm> > Acesso em: 5.7.2018.

<sup>178</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Superação Legislativa da Jurisprudência e Ativismo Congressual**. Dizer Direito, 19.10.2105. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html> > Acesso em: 5.7.2018.

evidente que o Legislativo não foi capaz de infirmar a tese jurídica sustentada pelo STF nas ADIs 4.430 e 4.795, restando inconstitucional a Lei nº 12.875/2013.<sup>179</sup>

### 3.3. Mandado de Segurança nº 32.033-DF

O Mandado de Segurança nº 32.033/DF foi impetrado pelo Senador Rodrigo Rollemberg em desfavor dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A razão para o presidente da Câmara dava-se em razão deste ter submetido o PL nº 4.470/2012 (autoria do deputado Edinho Araújo (PMDB-SP) à votação; e, a razão para o presidente do Senado deu-se por ter incluído o PL nº 4.470/2012 – mas que no âmbito do Senado Federal o referido PL recebeu a denominação de PLC 14/2013 -, na agenda de deliberações da Casa. A razão para requerer inconstitucionalidade para o citado PL, seria de acordo com Rollemberg, por este dispor que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importar na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.<sup>180</sup> A consequência deste PL seria a de restringir o direito das minorias parlamentares de criar partidos políticos, violando desta forma, o artigo 17, caput, §3º, da Constituição Federal, que estabelece que seja “livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos”. Desta forma, os partidos que fossem recém-criados [ou não], “têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (conf. art. 17, CF/88).

Rollemberg soma a tuas razões, ter sido a proposta rapidamente aprovada – em regime de urgência - pela Câmara dos Deputados, com a intenção de refutar duas agremiações em vias de formação – os partidos “Rede” e “Solidariedade” – bem como também, de oposição a fusão do PMN com o PPS, partidos de oposição. Rollemberg registrou ainda que, sob seu ponto de vista, o projeto (PL nº 4.470/2012) era “arbitrário e casuístico”.

Rollemberg lembrou também em suas justificativas para a concessão do MS nº 32.033/DF que o STF há pouco havia assentando no acórdão nº 4.430/DF (relator Ministro Dias Toffoli, em 29.6.2012) como direito fundamental à livre criação e transformação dos partidos em proteção ao pluralismo político, conf. art. 47, § 2º, inciso II, Constituição Federal, 1988 ao do art. 47, o qual assegura aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara do Deputados:

---

<sup>179</sup> STF. ADI 5105/DF, 2016. Op. cit.

<sup>180</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. MS-MC nº 32.033/DF. Relator: Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 19.7.2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 19.7.2018.

[...] o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação.<sup>181</sup>

Está ótica judicial<sup>3</sup> vincula o Poder Legislativo às decisões dadas pelo Supremo em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Este, entretanto, não é o entendimento que prevalece. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF [ver tópico 3.7 deste trabalho], tendo por redator do Acórdão o ministro Ricardo Lewandowski, em 29.10.2008, o STF admitiu a possibilidade de o legislador alterar interpretação constitucional anterior.<sup>182</sup>

Diante do exposto, seria direito líquido e certo adquirido pelo impetrante do MS nº 32.033/DF, justificado pela ameaça do PL 4.470/2012.

### 3.4 Situações Tributárias, Trabalhistas e Previdenciárias

- **RE 153.771**, sob os preceitos do art. 182, CF/88, o STF afirmou que o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) tem natureza real, de maneira que a Constituição somente permitiria a fixação de alíquotas progressivas para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso da propriedade urbana à sua função social. A Emenda Constitucional n. 29/2000 altera a redação do art. 156, § Iº, da CF/1988. A EC nº 29/2002 restabeleceu exatamente a possibilidade de instituição de IPTU havida por inconstitucional anteriormente pelo STF. Sob a última palavra sobre o assunto, o Parlamento alterou constitucionalmente o IPTU que passou a ser *progressivo em razão do valor venal do imóvel*, para fins fiscais – ou seja, a EC no 29/2000 admitiu de forma expressa, a progressividade;<sup>183</sup>
- **Emenda Constitucional nº 39/2002** – O julgamento do RE 233.332/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, em 1999, assentou o entendimento de que "o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa", dada a sua indivisibilidade, e por isso o STF, de forma reiterada, julgou como

<sup>181</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADI nº 4.430/DF**. Relator: Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. DJ. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766> > Acesso em: 19.7.2018.

<sup>182</sup> MELLO, In: FURTADO, 2013. Op. cit. p. 355.

<sup>183</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 222.

inconstitucionais as leis municipais que instituíram as chamadas “taxas de iluminação pública”, sob o entendimento de que tais espécies tributárias serviam apenas para remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública não fazia parte desta índole. O Congresso Nacional para corrigir este entendimento, aprovou a EC n. 39/2002 que instituiu a “contribuição para o custeio da iluminação pública”, e assim a contribuição de iluminação pública passou a fazer parte do rol das espécies tributárias previstas na Constituição e, na prática, restabelecendo a cobrança desejada pelos Municípios;

- **RE 203.075, STF, 29.10.1999** – Sobre a não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas, posto que o art. 155, inc. IX, §2º, *a*, da CF/1988 aludia à expressão *circulação de mercadorias e estabelecimento*; tal determinação restringia o rol de contribuintes do imposto àqueles que exercem atos de comércio com habitualidade. A Emenda Constitucional nº 33/2001 corrige esta restrição [reação legislativa – superação congressual];

A situação de superação legislativa explicitada pela EC n. 33/2001 frente ao entendimento do STF acerca da não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas, o qual usou como fulcro em sua decisão as expressões *circulação de mercadorias e estabelecimento* contidas no art. 155, § 2º, inc. IX, *a*, da CF/1988, limitando o rol de contribuintes aos indivíduos que pratiquem atos de comércio com habitualidade. De acordo com Ricardo Lobo Torres, a decisão do STF “desconsiderou os pressupostos científicos e jurídicos dos impostos sobre o valor agregado e contrastou com a orientação seguida em outros países que adotam o IVA e com os quais o Brasil mantém relações comerciais”.<sup>184</sup> Isso porque se adota no Brasil e no exterior o princípio do país do destino para a cobrança de impostos sobre o valor agregado - como o ICMS com vistas a promover desonerações tributárias nas exportações (evitando-se que se exporte tributos), e permitir nas importações a incidência de impostos compensatórios a fim de igualar-se os preços das mercadorias estrangeiras e nacionais.<sup>185</sup>

O Congresso Nacional sob a EC 33/2001 evidencia que o STF não considerou os

---

<sup>184</sup> TORRES, Ricardo Logo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. IV. p. 320.

<sup>185</sup> OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculdade de Direito, 2009. p. 220.

efeitos maléficos decorrentes da não incidência do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas, quais sejam: a) constituiria enriquecimento ilícito se apropriar do imposto de que o país exportador abriu mão; b) criar-se-ia distinção inconstitucional entre brasileiros, pois quem adquire a mercadoria estrangeira no comércio brasileiro arca com o ônus do tributo; c) prejudicar-se-ia a Fazenda Pública, pois, na hipótese inversa da exportação para pessoa física residente do estrangeiro, a mercadoria sai livre de ICMS, para permitir a incidência do país de destino.<sup>186</sup>

- **RE 166.772, STF, 16.12.1994** - no qual o STF aponta a redação original do art. 195, inc. I, a, CF/1988, em referência ao termo “folha de salários” para fins da incidência de contribuição previdenciária em face do empregador, e que sob interpretação técnica-jurídica, esta se daria somente aos trabalhadores com vínculo empregatício nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Emenda Constitucional n. 20/1998 altera a redação do citado artigo passando a prever a incidência da contribuição previdenciária do empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatido. Evidencia-se desta forma, a superação legislativa à determinação à decisão da Suprema Corte.<sup>187</sup> [grifos nossos]
- **Emenda Constitucional n. 19/1998** “inseriu” as vantagens de caráter pessoal nos cálculos do teto remuneratório, em oposição à decisão na ADI 14, na qual o STF afirma que tais verbas não se achavam incluídas na expressão “quaisquer vantagens” contida na redação original do art. 37, inc. XI, da CF/1988. Ou seja, o STF exarou o entendimento no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não entravam no cômputo do teto remuneratório. Assim, o STF em sessão administrativa (24.6.1998), entendeu que o “novo teto” não seria autoaplicável, e que sua eficácia dependeria da edição da lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, das Casas Legislativas e do

<sup>186</sup> TORRES, 2007. vol. IV. Op. cit. p. 320.

<sup>187</sup> Oportuno aqui registrar que Ricardo Lobo Torres critica a decisão do STF, afirmando que este impôs inusitada complicação econômica e funcional, pois os autônomos, que até a decisão judicial pagavam a contribuição social, deixaram de pagá-la, mas não perderam o direito aos benefícios previdenciários adquiridos, *causando* imenso prejuízo financeiro do Tesouro e sem qualquer avanço do direito dos trabalhadores sob a perspectiva da justiça social. Também Gustavo da Gama Vital de Oliveira valeu-se da expressão ‘Tolha de salários’ pelo Direito Trabalhista para o fim de excluir a contribuição previdenciária dos trabalhadores sem vínculo empregatício, mantendo-se, porém, incólumes os seus direitos previdenciários, prejudicou o equilíbrio atuarial e a isonomia no âmbito previdenciário. TORRES, Ricardo Logo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. vol. II. p. 467; OLIVEIRA, 2009. Op. cit. p. 213-215.

STF, conf. antiga redação do art. 48, inc. XV, da CF/1988. Em reação a mais recente decisão do STF, o Congresso Nacional aprovou a EC nº 41/2003, que, além de manter a inclusão expressa das vantagens pessoais no cômputo do teto remuneratório, previu em seus arts. 8º e 9º a autoaplicabilidade do teto e a rejeição dos argumentos dos direitos adquiridos.<sup>188</sup> [grifos nossos] A Emenda obteve resposta do STF no julgamento do MS 24.875 – relator Ministro Sepúlveda Pertence (DJ. 6.10.2006) -, em que a Corte considerou a irredutibilidade de vencimentos uma forma qualificada de direito adquirido e protraiu no tempo, assim, o cumprimento integral dos termos da alteração constitucional.<sup>189</sup>

- **Emenda Constitucional n. 19/1998** - Sob o julgamento da ADI 2010/DF (Relator Ministro Celso de Mello), o STF declarou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Para este caso, teve-se a reação legislativa com a promulgação da EC nº 41/03, que admitiu expressamente a possibilidade de incidência, a ser imposta por lei do ente responsável por cada sistema próprio. Promoveu-se aí, o debate institucional entre o STF e o corpo Legislativo, mantendo-se a opção política do constituinte derivado, notadamente a partir do argumento de que inexistente direito adquirido a não ser tributado (STF, ADI 3.128).<sup>190</sup>

### 3.5 O Caso da Criação de Municípios

Sobre a “criação dos municípios”, conf. redação original do art. 18, § 4º, da CF/1988 esta se daria apenas à consulta da “população diretamente interessada” e a parâmetros estabelecidos na legislação estadual. Para combater tal fenômeno, foi editada a Emenda Constitucional n. 15/1996, que estabeleceu critérios mais rígidos para a criação de municípios, dentre eles, a aprovação de uma lei complementar federal para estabelecer critérios gerais e disciplinar a criação dos municípios. Entretanto, não houve a edição de Lei

<sup>188</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 223.

<sup>189</sup> Idem. Ibidem.

<sup>190</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI nº 3.128/DF**. Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso. DJ: 18.2.2005. Disponível em:

< [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3081076&tipoApp=RTF](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3081076&tipoApp=RTF) > Acesso em: 17.8.2018.

Complementar Federal que regulasse o assunto, e mesmo assim foram criados vários municípios com base nos parâmetros fixados pelas respectivas legislações estaduais, conforme estabelecido pela redação revogada do art. 18, §4º, da CF/1988.<sup>191</sup> Tal ocorreu em razão da inércia congressual.

Foram, então, propostas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face das leis estaduais que criaram os respectivos municípios, e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão em face do Congresso Nacional em razão da sua mora em editar a lei complementar federal prevista na redação atual do art. 18, §4º, da CF/1988.<sup>192</sup> O STF entendeu que os municípios foram criados à revelia da Constituição Federal,<sup>193</sup> em razão da mora do Congresso Nacional, assim, o STF sob a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682,<sup>194</sup> fixa o prazo de 18 meses para a edição da lei complementar federal destinada a estabelecer os critérios nacionais únicos para a criação de municípios. Entretanto, o Congresso Nacional, ao invés de editar a referida lei complementar, aprova a Emenda Constitucional nº 57/2008, que convalidou as leis de criação de municípios publicadas até 31/12/2006. Desta forma, ocorre uma reação legislativa para o prazo fixado pelo STF. Sem estabelecer os critérios nacionais únicos exigidos pelos STF, o Legislativo torna possível que se reproduza a criação de municípios ao arripio da redação vigente art. 18, §4º, da CF/1988;<sup>195</sup>

### 3.6 O Caso Mira Estrela

1ª parte: A redação original do art. 29, inc. IV, da CF/1988 estabelecia que o número de vereadores de cada município deveria ser proporcional à população correspondente, obedecidos os limites mínimo e máximo ali previstos. Isso evitaria que municípios menos populosos tivessem mais vereadores que municípios mais populosos, em

<sup>191</sup> Exemplo emblemático é o município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia. O STF acolheu proposta do voto do Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu haver uma situação consolidada, concernente à criação do município e declarou a inconstitucionalidade com efeitos pro futuro. VICTOR, 2015. Op. cit. p. 224.

<sup>192</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 359.

<sup>193</sup> A exceção deu-se para o município Luís Eduardo Magalhães, e portanto, indeferindo a ADI 2.024, proposta em face da Lei do Estado da Bahia n. 7.619/2000 que criou o citado município. Eventual decisão de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* seria inviável, e ex nunc seria lesiva ao ao princípio constitucional da segurança jurídica, visto que implicaria em dismantelar-se um município existente. A solução apresentada pelo Tribunal, acatou a sugestão do Ministro Gilmar Mendes no sentido de declarar inconstitucional com efeitos *pro futuro* a lei estadual em foco, fixando como marco temporal a partir do qual a norma deixará de produzir efeitos, e, conseqüentemente, o município deixaria de existir, o prazo de 24 meses a contar da decisão do STF.

<sup>194</sup> STF. ADI 3.682, rel. Min. Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Plenário, DJ 6-9-2007. Esta ação cuidava da omissão do Congresso em editar a lei complementar requerida pelo §4º do art. 18 da Constituição Federal.

<sup>195</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 360-362.

violação à regra da proporcionalidade – passaram a interpretar o dispositivo pelo cálculo da *regra de três*. A situação surgiu para o município de Mira Estrela/SP que sob tal regra passou o número de vereadores de nove para onze. Então sob o RE 197.917/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do município de Mira Estrela/SP. Segundo o entendimento firmado, não seria suficiente que os municípios respeitassem o que determinava o art 29, IV, da Constituição - o número de vereadores deveria ser rigorosamente proporcional à população de cada município.<sup>196</sup>

A redução de número significativo de cargos de vereador estimulou forças políticas locais a pressionarem o Congresso Nacional para que restabelecesse o quantitativo de parlamentares municipais. O resultado foi a aprovação da Emenda Constitucional n. 58 que, ao alterar a redação do art. 29, inc. IV, da CF/1988, suprimiu a regra da proporcionalidade, e fixou limites máximos de vereadores de acordo com a população dos municípios, de maneira a que, na prática, houvesse relevante aumento na quantidade total de vereadores comparado ao número que resultou da decisão do STF. Em razão da repercussão negativa da medida na opinião pública, o Congresso Nacional, como solução de compromisso, optou pela redução dos repasses orçamentários aos Legislativos municipais, buscando neutralizar o principal foco de crítica à proposição.

2ª parte: O Congresso Nacional sob art. 3º, inc. I, da Emenda Constitucional n. 58 previu uma retroatividade na criação dos cargos de vereador - apesar de a Emenda ter sido aprovada em 23.9.2009, estabeleceu que a nova redação atribuída ao art. 29, inc. IV, da CF/1988 aplicar-se-ia ao processo eleitoral de 2008. Com isto suprimiu a regra da proporcionalidade, subtraindo o parâmetro de controle utilizado pelo STF, e passou a fixar limites máximos do número de vereadores por municípios, de uma maneira que permitiu um grande acréscimo de cadeiras relativamente ao que estava em vigor a partir da decisão do STF.<sup>197</sup> O caso se tornou interessante em razão do Congresso prever uma cláusula de retroatividade na Emenda, ainda que só aprovada em setembro de 2009, o que permitiria a criação de novos cargos eletivos, no meio da legislatura, para alojar os vereadores tardios.<sup>198</sup>

3ª parte: Foi proposta a ADI 4.307 [relat. Ministra Cármen Lúcia, DJe 5.3.2010], dentre outras coisas, contra a referida retroatividade. Apenas nesse caso, o STF referendou a cautelar concedida pela ministra relatora para suspender a eficácia do dispositivo da emenda constitucional que fizera a previsão da retroatividade, ante a evidente ofensa aos princípios da

<sup>196</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 273.

<sup>197</sup> VICTOR, In: HORBACH e FUCK, 2014. Op. cit. p. 225.

<sup>198</sup> Idem. Ibidem.

anualidade eleitoral, da segurança jurídica etc.<sup>199</sup> Assim, sob a ADI 4.307 o STF concedeu liminar para suspender a eficácia do art. 3º, inc. I, da Emenda Constitucional n. 58, por entender que a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, § único, e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica. Ocorre que o Congresso Nacional tentou aumentar retroativamente o número de cargos de vereador, a fim de dar posse a suplentes segundo eleição passada, e tal posicionamento, violaria a segurança jurídica e a regra da anualidade eleitoral, pois, se a Constituição veda a aplicação de lei aprovada no ano anterior à eleição, que dirá a incidência de lei aprovada após o pleito. Também ficou nítida a violação aos direitos políticos do cidadão e ao devido processo eleitoral. [grifos nosso]

### 3.7 ADI 3.772

A decisão da Corte na ADI 3.772 revela que esta admitiu a superação legislativa de sua decisão, ao reconhecer a constitucionalidade de lei nova que alterava a interpretação de jurisprudência pacífica da Súmula 726, a qual dizia: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula. Assim, sob a ADI 3.772,<sup>200</sup> o *quorum* majoritário do STF admitiu a constitucionalidade de lei que alterara interpretação constitucional para o caso da aposentadoria especial de professores, em que este [o STF] havia proclamado em sua jurisprudência que não se computaria o tempo de serviço fora da sala de aula. A questão estava na expressão “funções de magistério” (arts. 40, § 5º, e 201, § 8º da CF/1988) e que o STF enxergava apenas incluir como atividades exclusivamente docentes, somente aquela em sala de aula, excluindo quaisquer outras mesmo que vinculadas ao ensino. Contudo, a Lei nº 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei nº 9.394/1996, que passou a ter a seguinte redação:

Para efeitos do disposto no §5º do art. 40 e no §8º do art. 201 da Constituição Federal, são funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica e seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção

<sup>199</sup> VICTOR, In: HORBACH e FUCK, 2014. Op. cit. p. 225.

<sup>200</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 3.772 - DF**. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 29.10.2008. DJe: 27.3.2009. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717135/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3772-df> > Acesso em: 17.8.2018.

escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Sob a ADI 3.772, o STF altera a interpretação para os arts. 40, § 5º, e 201, § 8º da CF/1988, admitindo, neste caso, a reversão de decisão por lei ordinária, e proclamando em seu acórdão, o seguinte texto:

A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aula, a correção de provas, o atendimento a pais e alunos, a coordenação de assessoramento pedagógico e, ainda, a direção escolar. As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecidos nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.<sup>201</sup>

O STF, ao invés de afirmar a inconstitucionalidade da lei em razão de ela ter revertido a sua interpretação constitucional, aproveitou o ensejo da nova lei para reinterpretar os arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF/1988. Assim, aprovada a Lei nº 11.301/2006, que considerou o tempo de trabalho na função de assessoramento pedagógico e de direção escolar para o cômputo da aposentadoria especial dos professores, a Suprema Corte passa então, a englobar em seu entendimento e interpretação constitucional que a expressão “funções de magistério” abrange as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico desempenhadas por professor.<sup>202</sup> Conforme explícita Marco Aurélio Mello, o STF “enfrentou os significados constitucionais com o legislador ordinário e permitiu que a Constituição Federal fosse desenvolvida e concretizada também na arena parlamentar, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real.”<sup>203</sup> O caso evidencia a possibilidade efetiva da lei ordinária modificar o entendimento “*juris-sacramentado*” do STF.

### 3.8 PEC nº. 33/2011

O estudo da PEC nº 33/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles inicia-se com a emblemática frase do ministro Gilmar Mendes: “Eles rasgaram a Constituição. Se um

<sup>201</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Súmula 726 – Aposentadoria Especial e Tempo de Serviço prestado fora da sala de aula.** Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 29.10.2008, DJe: 27.3.2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1498> > Acesso em: 17.8.2018.

<sup>202</sup> Registra-se que o STF rechaçou a aplicação do regime da aposentadoria especial aos especialistas em educação, pois os dispositivos constitucionais citados somente concederiam a benesse aos professores.

<sup>203</sup> MELLO, in: FURTADO, 2013. Op. cit. p. 357.

dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo”. Também o ministro Joaquim Barbosa [à época, presidente do STF] proclamou sua opinião a respeito da PEC nº 33/2011:

Separação de Poderes não é uma noção abstrata. Faz parte do direito de todos os cidadãos. Integra o conjunto de mecanismos constitucionais pelos quais um poder contém ou neutraliza os abusos do outro. Tem quase 80 anos a tradição já consolidada entre nós de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a invalidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso, por maioria absoluta, por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia brasileira.<sup>204</sup>

A PEC 33/2011 dois dias antes da declaração do citado ministro, tinha sido aprovada *pela* Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. O assunto/tema da PEC 33/2011 é justo sobre a possibilidade de reformular o *quorum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – cf. art. 97, CF, que indica *quorum* da maioria dos membros que compõem a Corte Especial -, (as ADIs), bem como condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à aprovação pelo Poder Legislativo.<sup>205</sup> A PEC 33/2011 faz referência ainda, da submissão do Congresso Nacional “as decisões de mérito proferidas em ADI que declarem a inconstitucionalidade de emenda à Constituição Federal”.<sup>206</sup>

A PEC 33/2011 faz o STF e o Congresso Nacional obterem um debate interinstitucional, incomodando de forma bastante intensa os membros do Parlamento, pois tangenciou-se pela primeira vez, o limite de atuação dos magistrados da suprema corte do país.

No que diz respeito a mudança do *quorum* da Corte Especial, a PEC nº 33/2011 significaria alterar o art. 97, CF/88, passando a valer um *quorum* especial de quatro quintos (e não maioria), representando então apenas 9 dos membros ou dos membros que compõem o órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.<sup>207</sup> Outra proposta contida na PEC nº 33/2011 diz respeito ao momento que as súmulas estariam vinculantes. A PEC aponta para um *quorum* de quatro quintos, após reiteradas decisões do STF sobre a matéria constitucional, com efeito vinculante somente

<sup>204</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Íntegra da declaração do presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, sobre a PEC 33/2011**. Notícias STF. Nota à Imprensa. Brasília, 26.4.2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N> > Acesso em: 11.7.2018.

<sup>205</sup> GIANNETTI, 2016. Op. cit.

<sup>206</sup> Idem.

<sup>207</sup> Idem.

após aprovação pelo Congresso Nacional. Com a característica de aprovação tácita, na hipótese de não deliberação pelo Parlamento no prazo de 90 dias.<sup>208</sup> Por último, a PEC pretendia [em seu art. 3º], que as decisões proferidas pelo STF em sede de ADI não produzem de imediato efeito vinculante e *erga omnes*, necessitariam antes, de ser encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional. Na hipótese do Congresso Nacional se opor à decisão judicial, caberia consulta popular. Entretanto, se não se manifesta-se no prazo de 90 dias, estaria a incorrer em aceitação tácita de tal decisão judicial.<sup>209</sup>

### 3.8.1 Argumentos contra a PEC nº 33/2011

Dentro do Congresso Nacional houve posicionamento contrário a PEC por dois deputados, os quais impetraram mandados de segurança [MS nº 32.036 e nº 32.037]<sup>210</sup> afim de suspender o andamento da PEC nº 33/2011. A principal alegação era que a PEC nº 33/2011 infringia a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que veda a apreciação de propostas de emenda que tendam a abolir a separação dos poderes. Houve pedido de liminar indeferido pelo ministro Dias Toffoli sob a alegação de ausência do requisito do perigo da demora. “Antes de apreciar a liminar, o ministro Dias Toffoli deferiu o prazo de 72 horas para que as autoridades impetradas se manifestassem previamente, tendo a Mesa da Câmara dos Deputados e a Presidência da CCJC enviado informações referentes à tramitação da PEC nº. 33/2011”.<sup>211</sup>

A PEC nº 33/2011 é um dos exemplos de destaque para uma percepção de debates acerca das mudanças nas leis, inclusive a Constituição do país, evidenciando o lado positivo destas discussões, qual seja, o não engessamento do aparato jurídico do Estado Democrático de Direito Brasileiro, criando-se novas molduras para o melhor controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, além de permitir que as relações interinstitucionais tenham oportunidades de aprimorarem-se no exercício democrático de suas funções.

---

<sup>208</sup> GIANNETTI, 2016. Op. cit.

<sup>209</sup> Idem.

<sup>210</sup> O MS nº. 32.036 foi impetrado pelo deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP), contra a Mesa da Câmara dos Deputados, e o MS nº. 32.037 tem como autor o deputado Roberto Freire (PPS-SP), contra o presidente da CCJC, da Câmara de Deputados Federal.

<sup>211</sup> GIANNETTI, 2016. Op. cit.

### 3.9 ADI 2797

O Supremo Tribunal Federal havia editado a Súmula 394, que 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. No caso, a Lei nº 10.628/02 introduziu um §1º ao art. 84, do Código de Processo Penal, estabelecendo que o foro por prerrogativa de função seria mantido mesmo após o fim da função pública, em relação aos atos praticados no exercício da função. Esta disposição significava, na prática, o restabelecimento do entendimento constante da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, que havia sido cancelada pela Corte em tempo recente.<sup>212</sup> Assim, com a aprovação da Lei nº 10.628, de 2002, novamente estendeu-se a prerrogativa de foro relativamente aos atos administrativos do agente, vencendo desta forma, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, cancelando-se a citada Súmula. O Supremo, no entanto, sem que houvesse alteração de texto, declarou inconstitucional aquele entendimento e passou a rejeitar o foro por prerrogativa de função de todos os ex-servidores ou ocupantes de cargos públicos.<sup>213</sup>

Eis um caso singular de reação jurisdicional à reação legislativa, onde o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, ou seja, impugna a Lei por meio da ADI 2797,<sup>214</sup> afirmando que não caberia ao Congresso rever a interpretação do texto constitucional dada pela jurisdição. A ADI 2797 é assim constituída sob o resultado por maioria de votos, a Lei como inconstitucional, registrando nesta decisão que uma lei não pode dirigir-se a superar uma interpretação constitucional da Corte, sob pena de inconstitucionalidade, inclusive formal.<sup>215</sup> [grifos nossos]

Para o caso em concreto formaram-se duas correntes dentro do STF: de um lado, a corrente vencedora, com o relator Min. Sepúlveda Pertence, do outro, os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes com fundamentações diversas. Segundo Pertence, é admissível que o Congresso edite lei idêntica a uma lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, uma vez que o efeito vinculante das decisões do tribunal, mesmo no controle abstrato de normas, não alcança o Poder Legislativo. Esta lei não caracterizaria descumprimento da decisão do

<sup>212</sup> O STF cita o Inquérito 687-QO/SP, Relator Min. Sydney Sanches. No entanto, não foi localizado para fonte direta de fundamentação neste trabalho. Portanto, apenas cita-se.

<sup>213</sup> VICTOR, In: HORBACH e FUCK, 2014. Op. cit. p. 227.

<sup>214</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 2797 - DF**. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.9.2005. DJe: 19.12.2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736569/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2797-df> > Acesso em: 17.8.2018.

<sup>215</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

tribunal, uma vez que o Congresso não está a ela vinculado, e por isto, tratar-se-ia de uma lei com simples reabertura do debate entre a Corte e o Congresso.<sup>216</sup> Entretanto, alerta o ministro que tal lei que tem por texto exegese diversa daquela exarada pelo Supremo será inescapavelmente inconstitucional. Para o Min. Pertence, tal lei seria formal e materialmente inconstitucional, pois norma inferior não pode ter por objeto imediato a interpretação de norma superior, sob pena de subversão da hierarquia normativa (vício formal) e de desvinculação do Congresso à Constituição (vício material).<sup>217</sup>

O voto [vencido] do Min. Eros Grau - corrente oposta ao Ministro Pertence -, primava por *"coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores - na metáfora de Loewenstein - alcançam os céus"*.<sup>218</sup> Grau afirma ainda que é possível que a lei manifeste uma interpretação da Constituição diferente daquela oriunda do STF, desde que esta não supere uma decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de norma anterior. Nesses casos, a última palavra de interpretação seria da Corte.<sup>219</sup>

O Min. Gilmar Mendes participou da mesma opinião que o Min. Eros Grau, ainda que sob outros argumentos. Para Mendes, a interpretação constitucional está aberta ao legislador, e também a outros atores sociais. Para o Ministro Mendes:

[...] não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a 'última palavra' dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. [...] se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar.<sup>220</sup>

Análise da posição do Min. Sepúlveda Pertence indica que o legislador não está abarcado pelo efeito vinculante das decisões do Supremo (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99, que rege o processo abstrato de normas no STF, é característica típica dos sistemas jurídicos que adotam o modelo de Cortes constitucionais).<sup>221</sup> Para a afirmação de que o

<sup>216</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence. ADI 2797. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 19.12.2006.

<sup>217</sup> Idem

<sup>218</sup> Voto do Min. Eros Grau. In: ADI 2797. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 19.12.2006.

<sup>219</sup> GRAU. In: ADI 2797. PERTENCE, 2006. Op. cit.

<sup>220</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes. **ADI 2797-DF**. Relator. Min. Sepúlveda Pertence. ADI 2797. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.9.2005. DJe: 19.12.2006.

<sup>221</sup> Apesar de o Brasil possuir uma Suprema Corte, o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo país pode ser considerado misto, em razão da previsão de ações de controle abstrato de normas. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed.

legislador não pode editar lei interpretativa da Constituição sob pena de vício formal, traz-se os ensinamentos de Kelsen, que toda a produção de regra jurídica é, ao mesmo tempo, aplicação de norma superior e criação de norma no nível inferior.<sup>222</sup>

Para se saber se a lei é interpretativa da Constituição no sentido imediato que o Min. Pertence pretendeu conferir à sua explicação, é preciso interpretá-la. Deste modo, se existir vício, seria um vício de inconstitucionalidade material, e por isto, caracterizar-se-ia pela desvinculação da lei interpretativa à Constituição. Para o Ministro Sepúlveda Pertence é hipótese inadmissível, uma incompatibilidade entre a lei nova e a interpretação da Constituição realizada pelo Supremo. Este é o mesmo entendimento por tantos outros que pretendem justificar a supremacia judicial.

A interpretação do Ministro Eros Grau distingue as decisões do STF que veiculam interpretações constitucionais daquelas em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei. Para ele, uma nova lei pode conferir novas interpretações na primeira hipótese, mas, na segunda, quando o STF haja declarado a inconstitucionalidade de lei anterior, o legislador estaria *vinculado* à decisão da Corte.<sup>223</sup>

No entanto, o Poder Legislativo não se vincula às decisões do STF, sobretudo quando veiculadas no controle abstrato de normas, posto que tem caráter interpretativo. Se não vincula o Legislativo, pode então o legislador obter a liberdade para criar outra lei, ainda que com o mesmo conteúdo, mas editada em outra época, outro momento, e quiçá sob outro entendimento. Este quadro desenhado, pode evidenciar que é justo quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes* - dos quais fica excluído o Legislativo – que se permite a potencial atuação libertadora do Parlamento.<sup>224</sup> Ou seja, quando a Corte declarar uma Lei inconstitucional, só o Poder Legislativo poderá reabrir o debate constitucional por meio da edição de uma nova lei, pois dentre os outros Poderes e órgãos, é o único que não está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>225</sup> Neste caso, a única alternativa do sistema é a atuação do legislador.

No caso da ADI 2797 foi exatamente para este sentido o voto do Min, Eros Grau. É a liberdade de conformação [ou não] do legislador, que o Min. Gilmar Mendes afirma poder impedir “uma certa esclerose” do sistema jurídico-político, caso ele chegue a travar em

---

[rev. e amp.]. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>222</sup> KELSEN, Elans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119-194.

<sup>223</sup> VICTOR, 2015. Op. cit. p. 231.

<sup>224</sup> Idem.

<sup>225</sup> VICTOR, 2015. Ibidem.

entendimentos quando de suas interpretações legislativas.<sup>226</sup> Ou seja, é por meio de uma nova lei fruto da liberdade de inconformação do legislador que o Supremo Tribunal Federal e sua Corte tem a possibilidade de obter um diálogo institucional e aferir a compatibilidade material entre a nova lei e o texto constitucional.<sup>227</sup> Este cenário representa o alcance de uma construção de significados constitucionais.

### 3.10 Entendimento Síntese dos Casos Expostos

O que se desejou aqui foi mostrar nos casos concretos que, se permanecesse uma ausência de superação normativa [superação legislativa] para as decisões do STF, iria se perpetuar efeitos para a sociedade brasileira. Assim, adotar uma visão mítica das capacidades institucionais do Congresso Nacional *versus* uma perspectiva apreciativa daquelas emanadas pelo STF, pode permitir que se reconheça que a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário podem alcançar uma interpretação constitucional melhor do que as que ocorrem de forma unilateral pelo STF.

Por oportuno, cita-se o trabalho científico de Victor o qual demonstrou em seus estudos, com informações colhidas desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009. Nos estudos do autor, constatou-se que o número de normas editadas pelo Congresso Nacional declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de declará-las inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Significa dizer que, das 810 ações ajuizadas contra leis federais no período analisado, de 21 anos (1988-2009), o tribunal invalidou apenas duas normas editadas pelo Congresso Nacional.<sup>228</sup> Tal quadro revela uma postura deferente do STF em relação ao Congresso Nacional, com a consequente preservação da vontade majoritária. Constatação diferente da inicialmente afirmada por muitos autores, de que havia uma posição contramajoritária por parte do STF para com o Congresso Nacional. Ou seja, a conclusão dos estudos de Victor revelam que o STF procura preservar ao máximo

<sup>226</sup> VICTOR, In: HORBACH e FUCK, 2014. Op. cit. p. 227.

<sup>227</sup> MELO, Adryssa Diniz Ferreira de. **Diálogo Institucional**: realidade ou utopia?. Uma abordagem conceitual e prática das Teorias Dialógicas no âmbito da Jurisdição Constitucional. Dissertação [Mestrado em Ciências Jurídicas-Políticas]. Coimbra – Portugal: Universidade de Coimbra, Julho, 2016. Disponível em: < <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41222/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Adryssa.pdf> > Acesso em: 11.8.2018.

<sup>228</sup> Diz exatamente a respeito das ADIs 2.797 e 2.860 julgadas em conjunto, pois tinham o mesmo objeto, e nelas declarou-se a inconstitucionalidade de dois parágrafos que lei federal havia acrescentado ao art. 84 do Código de Processo Penal; e da ADI 447, por meio da qual se declarou a inconstitucionalidade de uma taxa de conservação rodoviária instituída pela Lei nº 8.155/1990. VICTOR, 2015. Op. cit. p. 212-213.

as normas federais sob seu escrutínio.<sup>229</sup> A constatação do autor, demonstra a não interferência do Poder Judiciário em questões próprias ao Legislativo, ou seja, a conclusão do trabalho do autor comprova que não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal exerça um poder contramajoritário – ao menos de forma relevante. Com relação ao Congresso Nacional, tampouco se pode falar de uma absoluta supremacia judicial. O STF tem se mostrado deferente e tem procurado aproveitar as leis em suas partes aproveitáveis, preferindo as declarações parciais de inconstitucionalidade. Em outros casos, a inconstitucionalidade verificada dava-se por omissões legislativas, hipóteses em que o STF tem procurado conceder prazo para que o Congresso supra a sua inércia. A conclusão do autor mostra um STF colaborativo e aberto ao diálogo institucional junto ao Legislativo, tanto nestas hipóteses de omissão inconstitucional quanto naquelas de declaração de inconstitucionalidade parcial ou de interpretação conforme à Constituição.<sup>230</sup>

Ainda assim, mesmo diante de dados comprovados de forma científica, a experiência brasileira diante dos casos em concreto exemplificados revela que a necessidade de uma atuante teoria dos diálogos constitucionais deve ser constante. Esses diálogos institucionais ocorrem na República brasileira, em regra, com a superação da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição.

Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF ainda que estas seja técnicas e que produzam efeitos práticos, no entanto, muito ruins.<sup>231</sup> Nos casos em concreto aqui exemplificados, é visto que o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar, revelou Brandão em seu trabalho.<sup>232</sup>

A partir desta perspectiva, percebe-se que os diálogos constitucionais entre STF e Congresso Nacional não só são inevitáveis, como promovem de forma bastante intensa os valores que estão na base do Estado Democrático de Direito, bem diferente de um contexto em que prevaleceria a supremacia judicial e/ou a supremacia parlamentar.

---

<sup>229</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189-216.

<sup>230</sup> VICTOR, In: HORBACH e FUCK, 2015. Op. cit. p. 214.

<sup>231</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a Autoridade Constitucional Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 13, nº 3, 2017. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587/1466> > Acesso em: 30.7.2018.

<sup>232</sup> BRANDÃO, 2017. Op. cit. p. 369-370.

### 3.11 Evidência de Diálogos Institucionais em Casos Concretos

O modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobrevive até os dias atuais, já não consegue justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo.

Há um sem número de autores que proclama dificuldades de entendimentos para a existência contramajoritária, assentados na afirmativa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. De outra parte, que as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, não representam assim por dizer, a vontade majoritária [da sociedade que não os elegeu]. Esta declaração pode ser relativizada, pois o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria,<sup>233</sup> bem como, nem sempre o Supremo é o detentor da última palavra na interpretação de leis.

Não é incomum que o Judiciário, em alguns contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário<sup>234</sup>. No Brasil, os juízes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isto demonstra que pessoas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito podem ingressar na magistratura. Esta ordem prática produziu um efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais, prevalecendo aí uma vontade subjetiva, um interesse pessoal. Por esta razão, Barroso afirma em seu texto, que os juízes seriam neste contexto, mais capazes de representar melhor, ou com mais independência, a vontade da sociedade.<sup>235</sup> Afirma também o autor que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos.<sup>236</sup>

Entretanto, cumpre fazer um contraponto à assertiva, e afirmar neste trabalho que também juízes estão suscetíveis a tentações populistas, e podem tal como qualquer ser humano, serem influenciados pelos julgamentos televisados, cobertura da imprensa e reflexos

---

<sup>233</sup> LAIN, Corinna Barret. *Upside-Down Judicial Review*. *The Georgetown Law Review*, issue 101, 2012. p. 113-183. Disponível em: < <https://georgetownlawjournal.org/articles/147/upside-down-judicial-review/pdf> > Acesso em: 14.8.2018.

<sup>234</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**: Constituição, emoção, estratégia e espetáculo. Tese [Doutorado em Direito Público] Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. p. 399-411. Apud: BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 266.

<sup>235</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 266.

<sup>236</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. **A democracia das massas e a democracia das pessoas**: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. Dissertação [Mestrado em Direito] Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, p. 64-86. Apud: BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 268.

na opinião pública, e por isto sentirem-se impulsionados a “agradar a plateia”. Ou seja, não há garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade.

Algumas decisões revelam o agir tanto do Legislativo quanto do STF revelando a prática dos diálogos institucionais:

a) decisão do STF na ADC nº 12<sup>237</sup>, com a edição da Súmula Vinculante nº 13, que cancelaram a proibição do nepotismo nos três Poderes, representaram um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. A tese vencida era a de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição;<sup>238 239</sup>

b) a legítima criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ como órgão de controle do Judiciário, firmando-se assim, a competência para instaurar processos disciplinares contra magistrados; restou aí preenchido um dos anseios da sociedade pela reforma do Judiciário;

c) O STF No tocante à fidelidade partidária, o STF determinou a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido.<sup>240 241</sup> Tal decisão sofreu críticas por excesso de ativismo, mas ficou evidente que a decisão atendeu a um anseio da sociedade;

d) o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais,

<sup>237</sup> No dia 20.8.2008, por meio da ADC 12 o STF determinou uma mudança drástica no sistema de contratação para o serviço público nacional. Ao julgar procedente, o Plenário da Suprema Corte pôs fim à prática do nepotismo no Poder Judiciário do país, decisão muito desejada pela sociedade brasileira. O efeito da determinação também alcançou os poderes Legislativo e Executivo, por meio da edição da Súmula Vinculante nº 13. Tais instrumentos também impediram a contratação cruzada, isto é, quando um servidor contrata parentes de outro. O ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADC 12, expõe que “processos como a ADC 12, do ponto de vista social, instauram uma nova cultura ou quebram paradigmas. Por meio dessas ações instauradoras de processos objetivos, como ADPFs, ADCs e ADIs, o STF interfere no curso da vida e, então, influencia o dia-a-dia de uma coletividade inteira”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADC 12**: decisão história do Supremo põe fim ao nepotismo Judiciário. Notícias STF, 10.11.2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820> > Acesso em: 15.8.2018.

<sup>238</sup> STRECK, Lenio; SARLET, Ingo Wolfgang; CLEVE, Clemerson Merlin. **Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 7.12.2006. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf> > Acesso em: 15.8.2018.

<sup>239</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI nº 3367-1**. Relator Min. Cezar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 13.4.2005. DJe: 17.3.2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df/inteiro-teor-100481475?ref=serp> > Acesso em: 15.8.2018; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI nº 4.638**. Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 08.2.2012. DJe: 30.10.2014. Disponível em: < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=273422571&tipoApp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=273422571&tipoApp) > Acesso em: 15.8.2018.

<sup>240</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **MS nº 26.604/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.5.2007. DJe: 8.5.2007. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777109/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26604-df-stf?ref=serp> > Acesso em: 15.8.2018.

<sup>241</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI nº 4.650-DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 17.9.2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542> > Acesso em: 16.8.2018.

abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo;<sup>242</sup> Nesta mesma linha de providências tem-se o reconhecimento dos direitos dos transexuais, quais sejam: alteração do nome após cirurgia de mudança de sexo<sup>243</sup>, bem como a própria realização deste tipo de cirurgia no âmbito do sistema público de saúde.<sup>244</sup> Ressalta-se que o STF tem assegurado a mudança de nome independentemente de cirurgia e a utilização, por transexuais, de banheiro público correspondente à sua autopercepção;

e) O STF faz jurisprudência para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.<sup>245</sup>

Atualmente, ainda não concluída em nova rodada procedimental no Congresso Nacional, é a questão da legitimidade ou não da participação de empresas privadas no financiamento eleitoral, a ideia é promover uma decisão que registre uma necessária diminuição do peso do dinheiro no processo eleitoral. Esses exemplos mostram que a Corte também decide questões que a sociedade clama, principalmente quando o enfoque é para os direitos humanos.

De forma contrária, também o Legislativo pode reagir à normativa das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois é necessário a existência e prática do diálogo institucional. São exemplos, os já citados neste capítulo, os casos de: foro por prerrogativa de função – ADI 2797, às taxas municipais de iluminação pública – EC nº 39/2002, à progressividade das alíquotas do IPTU, à cobrança de contribuição previdenciária de inativos, a definição do

<sup>242</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADPF nº 132**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 5.5.2011. DJe: 13.10.2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >; STF, ADI 4.277 Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Op. cit.

<sup>243</sup> O STJ tem autorizado a modificação do nome que consta do registro civil, após a cirurgia de alteração do sexo. O primeiro recurso sobre o tema foi julgado pela 3ª Turma do STJ em 2007. Em 2009, o STJ voltou a analisar o assunto e garantiu ao transexual a troca do nome e do gênero em registro, sem que constasse a anotação no documento, mas apenas nos livros cartorários. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **REsp 1008398 SP. 2007/0273360-5**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: 3ª Turma – T3. DJ: 15.10.2009. DJe: 18.11.2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5?ref=juris-tabs> > Acesso em: 16.8.2018; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **REsp 678.933 RS. 2004/0098083-5**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ: 22.03.2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932216/recurso-especial-resp-678933-rs-2004-0098083-5-stj/relatorio-e-voto-14100421?ref=serp> > Acesso em: 16.8.2018; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 2.745**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 9.3.2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311392805&ext=.pdf> > Acesso em: 16.8.2018.

<sup>244</sup> A matéria encontra-se regulamentada pela Portaria nº .457/2008, do Ministério da Saúde. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF 4. **Apelação Cível - AC 26279 RS 2001.71.00.026279-9** Relator: Juiz Federal Robber Raupp Rios. Órgão Julgador: 3ª Turma. DJ: 27.11.2001. DJe: 13.2.2002. Disponível em: < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8650719/apelacao-civel-ac-26279-rs-20017100026279-9-trf4?ref=juris-tabs> > Acesso em: 16.8.2018. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 457**, de 19.8.2008. Disponível em: < [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudeflegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudeflegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html) > Acesso em: 16.8.2018.

<sup>245</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADPF nº 54**, Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 12.4.2012. Disponível em: < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf) > Acesso em: 16.8.2018.

número de vereadores (caso de Mira Estrela), o caso do MI 943 para resolver o caso de indenização compensatória contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.<sup>246</sup>

O fenômeno denominado de *diálogo constitucional* ou *diálogo institucional*,<sup>247</sup> revela que, embora a suprema corte seja o intérprete final da Constituição, três situações podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação do STF pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) o STF pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação; ou c) o STF pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado "apelo ao legislador". Na experiência brasileira existem diversos precedentes relativos às hipóteses aqui apontadas, como exemplo, os casos referidos no decorrer deste trabalho.<sup>248</sup>

Depreende-se que no Brasil não há supremacia judicial. O STF é constitucionalmente determinado como “intérprete final do direito”, mas, nem por isto pode se intitular “proprietário da Constituição”. Pode-se neste ponto trazer as palavras do ex-ministro do STF, Marco Aurélio Mello, que reconhece a necessária interpretação da Constituição como uma das prerrogativas da separação dos poderes, da democracia e parte das prerrogativas do Legislativo. Faz, entretanto, algumas ressalvas para a reação legislativa, de que é “vedado apenas deliberar sobre aquelas matérias que a própria Carta exclui taxativamente e no âmbito dos processos de reforma constitucional (art. 60, §4º)”.<sup>249</sup> A prerrogativa é dada ao Legislativo mesmo quando o conteúdo do projeto de lei esteja em “confronto direto com a interpretação constitucional anterior realizada pelo Supremo. Trata-se de prestigiar o papel do Congresso como um intérprete da Constituição, assim como o é o Tribunal”.<sup>250</sup> Todas as normas legais requerem uma interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de comunicação com a sociedade, qualquer tipo incapacidade de fundamentar suas decisões ou de se fazer entendido, por certo retiraria a legitimidade do Supremo Tribunal. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem

<sup>246</sup> STF. **Mandado de Injunção MI 943 DF**. Op. cit.

<sup>247</sup> Conforme revelado neste trabalho, a expressão diálogo institucional ou constitucional teve origem na doutrina canadense, ao comentar disposições da Carta Canadense de Direitos que instituem um diálogo entre a Suprema Corte e o Parlamento a propósito de eventuais restrições impostas aos direitos fundamentais. Ou seja, naquele país, como exemplo neste trabalho, deseja-se mostrar que também ocorre no Estado Democrático de Direito brasileiro, as revisões das decisões judiciais pelo Parlamento [corpo Legislativo], quando presentes determinadas circunstâncias. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 273.

<sup>248</sup> BARROSO, In: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 276-277.

<sup>249</sup> MELLO, In: FURTADO, 2013. Op. cit. p. 358.

<sup>250</sup> MELLO, In: FURTADO, 2013. Op. cit. p. 359.

limites claros. “Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho”.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> BARROSO, in: VIEIRA e GLEZER, 2017. Op. cit. p. 279.

## CONCLUSÃO

Existe uma tendência doutrinária e jurisprudencial em reconhecer a abertura para os órgãos de poder na República Federativa do Brasil, de realizar interpretação da Constituição Federal, e obtendo com isto, uma visão mais ampla, e também mais adequada sobre determinado tema. Esta postura que vem sendo gradativamente admitida e praticada – mediante os exemplos (casos concretos) apresentados neste trabalho, das reações legislativas -, e com isto mitigada a ideia de que o Supremo dá a “última palavra” em assuntos relacionados à Constituição, talvez, seria como o Ministro Luiz Fux afirmou, uma “última palavra provisória”, justo por existir o fenômeno da reação legislativa. A esta abertura de diálogo, resultado do ativismo congressional, é chamado de diálogo institucional – ou chamado por alguns autores, de diálogo constitucional -, torna-se necessário dado ser a decisão daí obtida, ter efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc*. Márcio André Lopes Cavalcante, lembra que “a reação legislativa é uma forma de "ativismo congressional" com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico por parte do STF [...]”.

Registra-se nesta conclusão a compreensão do necessário diálogo constitucional, compreendido a importância das decisões terem efeito vinculante – respeitando-se os limites da separação dos poderes -, bem como, ter a concepção de que a Constituição é “viva” e por isto precisa de ser interpretada e reinterpretada, e assim, acompanhar a evolução social. Não existe uma razão sólida, conforme demonstrado no trabalho, que os direitos estariam mais bem protegidos pelos Tribunais, do que pelos membros do Legislativo. Ambos decidem por maioria, e podem tanto acertar quanto falhar.

Tendo em conta que o Legislativo é formado por representantes do povo, e que estariam então a representar [de uma forma mais próxima] a demanda deste, defronte a uma decisão emanada pelos Tribunais, indesejada, este mesmo Legislativo estaria dotado de mecanismos de reação às decisões judiciais e a atuação de grupos de interesse. Estas reações legislativas é que teriam a oportunidade de promoverem uma razoável conscientização da Suprema Corte sobre uma mutação constitucional demonstradas pelo Congresso.

Os mecanismos de reação as decisões da Suprema Corte atuam como limites institucionais à sua jurisprudência, e influencia tanto a ideologia dos juízes, quanto o Direito e a sociedade. A prática desses mecanismos também promove uma nova forma de *accountability* à atuação da Suprema Corte, a qual deve refletir a realidade vivida pela opinião pública. Por evidência, esta postura irá refletir uma não supremacia judicial no Estado

Democrático de Direito brasileiro. Ou seja, quando há o reconhecimento da reação legislativa a jurisprudência constitucional a ser emitida pela Suprema Corte tende a ser mais sensível à nova reação do Legislativo.

Não se deseja aqui neste trabalho, afirmar hipótese de reduzir o controle de constitucionalidade, posto que aí representaria a falência do constitucionalismo, mas que não pode o Judiciário desempenhar uma postura única de Guardiã da Constituição – acima e para além da vontade do Parlamento que representa a sociedade em sua essência – pois, a partir da expectativa do desempenho do controle constitucional também por outros poderes é que se caracteriza uma democracia constitucional.

Ainda existe a prevalência de uma típica visão idealizada sobre o ator institucional STF e preconceituosa sobre o seu “adversário” [Congresso Nacional com suas duas Casas efetivas no Poder Legislativo], na linha das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar. Sustentam-se muitos que, enquanto o Parlamento apresenta maior capacidade institucional para a concretização de políticas públicas, o Judiciário possui maior capacidade institucional para a aplicação de direitos fundamentais, circunstância que confere a legisladores e juízes uma prioridade *prima facie* na concretização das respectivas normas constitucionais. Todavia, dizer que um agente tem maior capacidade institucional em determinada matéria não significa afirmar que a sua interpretação será necessariamente melhor, mas, sim, que *provavelmente o será*. Não se poderá dizer que determinada interpretação é melhor *ex ante*, mas apenas *ex post*, ou seja, após se cotejar o seu conteúdo com o da norma interpretada. Por este entendimento, não se pode extrair da maior capacidade institucional de um agente a garantia de que ele proferirá a melhor interpretação. É por isto que essa nova geração de juristas consegue conceber um novo modelo dos diálogos sob a vantagem de enfatizar os mecanismos de controle recíproco entre os “poderes”, e compreender, também, que os direitos fundamentais e as políticas públicas não são áreas exclusivas de atuação do Judiciário e do Legislativo, respectivamente. O modelo atuante e compreendido de diálogos institucionais permite que um “poder” também fiscalize permanentemente se o outro vem exercendo adequadamente a sua função típica.

Esta compreensão permite evitar posturas idiossincráticas que são típicas dos modelos de supremacia, bem como também promove a soma de capacidades institucionais diversas e igualmente relevantes. É por isto que o *modelo dos diálogos constitucionais* apresenta relevante vantagem comparativa em relação aos modelos de supremacia para a construção de soluções melhores para problemas constitucionais complexos, confirmando que à luz do Estado Democrático de Direito, seja este o melhor caminho. Os casos citados

evidenciam e comprovam o objeto deste estudo onde é possível constatar que muitas vezes o Congresso reagiu às decisões do Supremo que em sua grande maioria acatou as razões do Congresso. Desta forma é comprovado que o diálogo institucional já acontece e é muito bem aceito pelas instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Não se pode deixar de clamar nesta conclusão por Jeremy Waldron que alerta para que os juristas enxerguem o Legislativo um tratamento igualitário por parte dos juristas, posto que aqueles que estão lá, estão em nome de toda uma comunidade, unidos para encontrar medidas comuns que possam sustentar todos, e que estas medidas possam abarcar as diferenças de opinião, mas também os princípios entre eles. É o Legislativo que determina o nível de prioridade de uma determinada questão, e distribui a partir desta determinação, os direitos fundamentais entre os indivíduos membros da sociedade. Nem sempre esta distribuição agrada a todos (agrada-se a alguns e desagradam-se a outros). A partir desta constatação haveria um razoável conceito do agir do Legislativo. A partir da recuperação da dignidade do Legislativo, os Parlamentos revelariam-se superiores no processo de deliberação em virtude desta transparência. Waldron afirma que por meio de vetores essenciais nas sociedades democráticas modernas, que é inevitável a presença de desacordo morais razoáveis, e por isto é imperioso (re) dignificar o papel da legislação, o que elevaria a participação política à posição de direito dos direitos.

Pode-se pautar esta conclusão nos ensinamentos de Waldron, bem como de Conrado Mendes os quais ratificaram em seus estudos, que quando há qualquer arbitrariedade em uma decisão majoritária legislativa, assim também ocorre nas decisões da Suprema Corte, portanto, a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é de apenas de ordem representativa e não de método decisório. Quando se respeita uma decisão majoritária, seja ela no Parlamento, seja ela na Corte Suprema, não se está relacionado a nenhuma reivindicação de maior sabedoria, mas à sua legitimidade para o assim fazer.

É preciso perceber que o Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais, acima da política e da opinião pública, bem como também não é apenas um órgão limitado a carimbar preferências de majorias políticas ou de resultados de pesquisas de opinião pública, mas que, antes, permite a construção de um controle de constitucionalidade na democracia constitucional brasileira com um mínimo de conexão com a realidade da sociedade.

Seja em que formato for, o diálogo institucional é uma realidade e por este motivo tanto a academia jurídica e como os operadores do Direito deve ser reconhecer para que melhor seja compreendido, bem como também, vivenciado nas Casas (Senado e Câmara

Federal) do Estado Democrático de Direito brasileiro. O Congresso Nacional é importante instituição para a promoção do diálogo institucional entre as demais instituições, e seu papel não pode ser minimizado. É visto que o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. E, quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem ser deferentes para com as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático. Porém, como o leitor terá intuído até aqui, a jurisdição constitucional desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume um papel de eventual protagonismo. Como consequência, no fundo, o Congresso detém força para decisão final, e após análise deste trabalho podemos concluir que o Congresso em seus assuntos de interesse, e quando necessários, reagem de forma contundente e muitas vezes decisivas para impor os motivos de sua reação. Neste trabalho foi possível perceber que em vários casos citados, o Legislativo não se intimidou a reagir, e provocou o diálogo institucional para chegar a uma solução.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad. Virgílio Afonso da Silva] 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BAKER, Dennis. *Not Quite Supreme: the courts and coordinate constitutional interpretation*. Not Quite Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2010. Disponível em: < <https://www.thefreelibrary.com/Not+Quite+Supreme%3A+The+Courts+and+Coordinate+Constitutional+...-a0246178474> > Acesso em: 28.7.2018.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (orgs.). **A Razão e o Voto. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. ISBN 978-225-2009-1.

\_\_\_\_\_. A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5. Número Especial, UniCeub, 2015. ISSN 2236-1677 Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Setembro, 2007. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf) >. Acesso em: 16.7.2018.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. Disponível em: < <https://www.scribd.com/document/267314701/BARROSO-Luis-Roberto-Barroso-Interpretacao-e-Aplicacao-Da-Constituicao-Integral> > Acesso em: 12.8.2018.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 26.8.2014. Disponível em: < <http://www.conjurcom.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-Supremo> > Acesso em: 12.8.2018.

BATEMAN, Thomas M.J. *Not Quite Supreme: the courts and coordinate constitutional interpretation (review)*. *Canadian Public Policy. University of Toronto*, vol. 36, nº 3, sept. 2010. Disponível em: < <https://muse.jhu.edu/article/396290/pdf> > Acesso em: 28.7.2018.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**, In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BESSON, Samantha. *The morality of conflict: reasonable disagreement and the Law*. Oxford: Hart, 2005. Disponível em: < [https://www.jstor.org/stable/4123376?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4123376?seq=1#page_scan_tab_contents) > Acesso em: 5.8.2018.

BEZERRA, Rafael. **Como Avaliar a Performance das Cortes Constitucionais? Quatro**

**pontos que deveriam ser avaliados pelo STF em meio à crise institucional.** Jota, Opinião e Análise, 13.4.2016. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-avaliar-performance-das-cortes-constitucionais-13042016> > Acesso em: 19.8.2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 457**, de 19.8.2008. Disponível em: < [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html) > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 2797 - DF.** Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.9.2005. DJe: 19.12.2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736569/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2797-df> > Acesso em: 17.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Voto do Min. Gilmar Mendes.** In: ADI 2797-DF. Relator. Min. Sepúlveda Pertence. ADI 2797. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.9.2005. DJe: 19.12.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2215.** Requerente: Associação Nacional dos membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ: 19.12.2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **REsp 1008398 SP. 2007/0273360-5.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: 3ª Turma – T3. DJ: 15.10.2009. DJe: 18.11.2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5?ref=juris-tabs> > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **REsp 678.933 RS. 2004/0098083-5.** Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ: 22.03.2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932216/recurso-especial-resp-678933-rs-2004-0098083-5-stj/relatorio-e-voto-14100421?ref=serp> > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **MS-MC nº 32.033/DF.** Relator: Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 19.7.2018. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006> >. Acesso em: 19.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Reclamação nº 4374/Pernambuco – PE.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 18.4.2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489> > Acesso em: 9.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADC 29**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão

Julgador: Plenário, DJ: 16.2.2012. DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADC 30**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário, DJ:16.2.2012. DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 4.578**, Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário, DJe 29.6.2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Plenário. ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 16.2.2012. DJe: 29.6.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADC 12**: decisão história do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário. Notícias STF, 10.11.2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820> > Acesso em: 15.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 2.745**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 9.3.2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311392805&ext=.pdf> > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 3.772 - DF**. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 29.10.2008. DJe: 27.3.2009. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717135/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3772-df> > Acesso em: 17.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 4.277 DF**, Relator: Min, Ayres Britto, Plenário, DJe 14.10.2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI nº 4.650-DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 17.9.2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542> > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI nº 3.128/DF**. Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso. DJ: 18.2.2005. Disponível em: < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3081076&tipoApp=RTF](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3081076&tipoApp=RTF) > Acesso em: 17.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI nº 3367-1**. Relator Min. Cezar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 13.4.2005. DJe: 17.3.2006. Disponível em: <

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df/inteiro-teor-100481475?ref=serp> > Acesso em: 15.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI 3.682-MT**, rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário, DJ 6-9-2007. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728765/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt?ref=juris-tabs> > Acesso em: 18.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADI nº 4.638**. Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 08.2.2012. DJe: 30.10.2014. Disponível em: < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=273422571&tipoApp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=273422571&tipoApp) > Acesso em: 15.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADPF nº 132**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 5.5.2011. DJe: 13.10.2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em: 15.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADPF nº 54**, Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 12.4.2012. Disponível em: < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf) > Acesso em: 16.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132 RJ**, Relator: Min. Ayres Britto, Plenário, DJ. 5.5.2011. DJe 14.10.2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 186-2 DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ.: 26.4.2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Informativo STF nº 655**. Brasília, 13 a 24 de fevereiro de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo655.htm> > Acesso em: 5.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Íntegra da declaração do presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, sobre a PEC 33/2011**. Notícias STF. Nota à Imprensa. Brasília, 26.4.2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237187&caixaBusca=N> > Acesso em: 11.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Mandado de Injunção MI 943 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. DJe: 6.2.2013. Disponível em:

< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508283/mandado-de-injuncao-mi-943-df-stf/inteiro-teor-111732885?ref=juris-tabs> > Acesso em: 11.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **MS nº 26.604/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Órgão Julgador: Plenário. DJ: 15.5.2007. DJe: 8.5.2007. Disponível em:

< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777109/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26604-df-stf?ref=serp> > Acesso em: 15.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **MS nº. 26.603-1/DF**, Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 4.10.-2007. DJe: 19.12.2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121> >. Acesso em: 14.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **RE nº. 477554-AgR**, Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ: 16.8.2011, DJe: 26.8.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 14.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Súmula 726 – Aposentadoria Especial e Tempo de Serviço prestado fora da sala de aula**. Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 29.10.2008, DJe: 27.3.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1498>> Acesso em: 17.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. **Voto proferido pelo ministro Celso de Mello**. In: MS nº. 25647-MC. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. DJ: 30.11.2005; DJe: 15.12.2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394908> >. Acesso em: 14.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. Plenário. **ADI nº 4.430/DF**. Relator: Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. DJ. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766> > Acesso em: 19.7.2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF 4. **Apelação Cível - AC 26279 RS 2001.71.00.026279-9** Relator: Juiz Federal Robber Raupp Rios. Órgão Julgador: 3a. Turma. DJ: 27.11.2001. DJe: 13.2.2002. Disponível em: < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8650719/apelacao-civel-ac-26279-rs-20017100026279-9-trf4?ref=juris-tabs> > Acesso em: 16.8.2018.

BRITO, Ludmila Silva de. **Juízes Legisladores: da ilegitimidade à insegurança jurídica**. Buscalegis, 7.5.2007. Disponível em:

< <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15794-15795-1-PB.pdf> > Acesso em: 16.7.2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** [Trad. Carlos Álvaro de Oliveira]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, Luiz Orlando. OAB ajuíza terceira ação no STF contra pensões para ex-governadores. **Jornal do Brasil**, 1.2.2011. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/02/01/oab-ajuiza-terceira-acao-no-stf-contrapensoes-para-ex-governadores-2/> > Acesso em: 26.7.2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ Comentados (2018). Julgados de 2017**. Brasília: JUSPOVIUM, 2018.

\_\_\_\_\_. **Superação Legislativa da Jurisprudência e Ativismo Congressual**. Dizer Direito, 19.10.2105. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html> > Acesso em: 5.7.2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, nº 2. 2014. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/35730/22971> > Acesso em: 5.8.2018.

COSTA, Natália Jorge e. **Controle de Constitucionalidade Legislativo e Judicial: ações e reações entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal**. [Monografia – Graduação]. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCeub, 2015.

CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da; MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Constitucionalismo fora do STF – as dimensões negligenciadas da interpretação constitucional**. In: VALLE, Regina Lírio do; PULCINELI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (coord.). **Contestação, Persuasão e Consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático** [recurso eletrônico] Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. [Trad. Beatriz Sidou]. Brasília: UnB, 2001.

DEVINS, Neal. *Congressional factfinding and the scope of judicial review: a preliminary analysis*. **Duke Law Journal**, vol. 50, issue nº 5, 2001. p. 224. Disponível em: < <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol50/iss5/2/> > Acesso em: 29.7.2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. [trad. Luís Carlos Borges] São Paulo: Martins Fontes, 2001. Disponível em: < <https://www.scribd.com/doc/32874876/Dworkin-Ronald-Uma-Questao-de-Principio> > Acesso em: 13.8.2018.

\_\_\_\_\_. Equality, democracy and constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, vol. 28, nº. 2, 1990.

\_\_\_\_\_. **Justice for hedgehogs**. Cambridge and London: Harvard University, 2011.

\_\_\_\_\_. **Law as interpretation**. In: *Arguing about law*. Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Routledge, 2009.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. [trad. Nelson Boeira] 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade:** leitura moral da Constituição norte-americana. [Trad. Marcelo Brandão Cipolla]. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito.** [Trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio.** [Trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESKRIDGE JÚNIOR, William N. *Overrinding Supreme Court Statutory Decisions.* *Yale Law Journal*, vol. 101, nº 2, 1991. Disponível em: < [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3836/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3836/) > Acesso em: 24.7.2018.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo**, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988:** judicialização da política e politização da justiça. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIEDMAN, Barry. *Mediated Popular Constitutionalism.* *Michigan Law Review*, vol. 101, 12.5.2003. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=406620](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=406620) > Acesso em: 24.7.2018.

FROSINI, Fábio. Benedetto Croce. In: PASSOS, Rodrigo Duarte Fernandes dos; ARECO Sabrina (orgs.). **Gramsci e seus Contemporâneos.** Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017. Disponível em: < <https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/gramsci-e-seus-contemporaneos---e-book.pdf> > Acesso em: 14.8.2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia:** o guardião das promessas. [trad. Maria Luiza de Carvalho]. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Disponível em: < <https://www.scribd.com/document/332799725/O-Juiz-e-a-Democracia-O-Guardiao-das-Promessas-Antoine-Garapon-pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism.* *American Journal of Comparative Law*, nº 707, University of California, Los Angeles (UCLA), 15.3.2002 [revised: 16.11.2012. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401) > Acesso em: 6.8.2018.

GIANNETTI, Leonardo Varella. *Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?* vol. 12, nº 1. **Revista Direito GV**, jan-abr, 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0125.pdf> > Acesso em: 11.7.2018.

GILIOLI Alessandro. **Bauman examina crise da internet e da política**. IHU, 14.3.2016. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/552577-bauman-examina-crise-da-internet-e-da-politica> > Acesso em: 14.8.2018.

GRAMSCI, Antonio. *Cuadernos de la Cárcel. Edición crítica del Instituto Gramsci. A cargo de Valentino Gerratna. Tomo 1. Cuadernos (1) 1929-1930, Cuadernos (2) 1929-1933. Ediciones Era, 1981.* Disponível em: <https://kmarx.files.wordpress.com/2012/06/gramsci-antonio-cuadernos-de-la-cc3a1rcel-vol-1.pdf> > Acesso em: 14.8.2018.

GREENE, Abner S. *Against interpretative obligation (to the Supreme Court)*. **Fordham Law Review**, vol. 75, issue nº 3, artigo 22. 2006. Disponível em: < <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4238&context=flr> > Acesso em: 12.8.2018.

HANSFORD, Thomas G.; DAMORE, David F. *Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making*. **American politics quarterly**. vol. 28, nº 4, 2000.

HIEBERT, Janet. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Quebec: McGill-Queens University, 1996. Disponível em: < <http://www.mqup.ca/limiting-rights-products-9780773514317.php> > Acesso em: 6.8.2018.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)*. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, nº 1, spring, 1997. Disponível em: < <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj> > Acesso em: 6.8.2018.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial**: Ministro Pedro Cessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. WOOD, Gordon S.; PRIEST, Claire (orgs.). New York: Northwestern University, 2003. Disponível em: < <http://musicians4freedom.com/wp-content/uploads/2012/04/The-People-Themselves.pdf> > Acesso em: 5.8.2018.

LAIN, Corinna Barret. *Upside-Down Judicial Review*. **The Georgetown Law Review**, issue 101, 2012. Disponível em: < <https://georgetownlawjournal.org/articles/147/upside-down-judicial-review/pdf> > Acesso em: 14.8.2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O Direito em Última Instância**: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal. Tese [doutorado em Antropologia Social] Brasília: Universidade de

Brasília, 2014. Disponível em: < [http://www.dan.unb.br/images/doc/Tese\\_127.pdf](http://www.dan.unb.br/images/doc/Tese_127.pdf) > Acesso em: 25.7.2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Livro II: Segundo Tratado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a Autoridade Constitucional Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 13, nº 3, 2017. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587/1466> > Acesso em: 30.7.2018.

MANFREDI, Christopher P. *The day the dialogue died: a comment on Sauvé v. Canada*. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 45, nº 1, Article nº 5, spring, 2007. Disponível em: < <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1257&context=ohlj> > Acesso em: 28.7.2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos [Ministro]. Voto Mandado de Segurança no 623. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Marco Aurélio. Controle de constitucionalidade do processo Legislativo ante os princípios democrático e da separação de poderes. In: FURTADO, Marcus Vinícius (Coord.). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus: OAB, Conselho Federal, 2013.

MELO, Adryssa Diniz Ferreira de. **Diálogo Institucional**: realidade ou utopia?. Uma abordagem conceitual e prática das Teorias Dialógicas no âmbito da Jurisdição Constitucional. Dissertação [Mestrado em Ciências Jurídicas-Políticas]. Coimbra – Portugal: Universidade de Coimbra, Julho, 2016. Disponível em: < <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41222/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Adryssa.pdf> > Acesso em: 11.8.2018.

MELO, Maria Eduarda Santos Pessoa de. **Efeitos das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em ADI quanto aos três Poderes**: uma abordagem da Reação Legislativa e do Ativismo Congressual. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 30.1.2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58329>>. Acesso em: 5.7.2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/349264715/MENDES-Conrado-Hubner-Controle-de-Constitucionalidade-e-Democracia> > Acesso em: 19.8.2018.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. [rev. e amp.]. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Judicialização política: déficits explicativos e bloqueios normativista**. Novos estudos CEBRAP, nº 91. São Paulo, nov., 2011. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001) >. Acesso em: 10.7.2018.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Faculdade de Direito, 2009.

\_\_\_\_\_. Estado democrático de direito e correção legislativa da jurisprudência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 18, n.º 73, out.-dez., 2010.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e Instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. Dissertação [Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

PELUZO, César. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 5105/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 1.10.2015. DJe: 16.3.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285105%2EENUME%2E+OU+5105%2EACMS%2E%29+%28%28LUIZ+FUX%29%2ENORL%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORV%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORA%2E+OU+%28LUIZ+FU+X%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8z6du35> > Acesso em: 7.7.2018.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PURCELL JR., Edward A. *Barry Friedman's the will of the people: probing the dynamics and uncertainties of american constitutionalism*. *New York Law School*, 1.1.2010. Disponível em: <[https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=fac\\_articles\\_chapters](https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=fac_articles_chapters) > Acesso em: 24.7.2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Erin Kelly (Org.). [Trad. Claudia Berliner]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Political Liberalism*. In: *Filosofia*, vol. 54, nº 2. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/publication/296892027> *The political liberalism of John Rawls* > Acesso em: 13.8.2018.

ROCHA, Fábio Alexandre Barbosa. **Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da ‘Ficha Limpa’)**: violação de princípios constitucionais. Junho, 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/26244/lei-complementar-n-135-2010-lei-da-ficha-limpa-violacao-de-principios-constitucionais> > Acesso em: 11.8.2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. Dilemas e Desafios da Governança Democrática. In: TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. (org.). **Os Sentidos da Democracia e da Participação**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/1006/1006.pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte Anos de Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Representação sobre a violação ao direito de voto do preso provisório**. In: Sarmento, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. *La tirania de los valores*. [Trad. Anima Schmitt de Otero]. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Enero-Febrero, 1961.

\_\_\_\_\_. **O Guardião da Constituição**. São Paulo: Del Rey, 2007.

SILVA, Lucas Gonçalves da; FREITAS, Ruben Correa. **Teoria Constitucional**. V Encontro Internacional do Conpedi Montevideu - Uruguai. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/219i8xsn/H9cYz4DLeCJ7rAH3.pdf> > Acesso em: 27.7.2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o Ativismo Judicial, em números? **Revista Consultor Jurídico - Conjur**, 26.10.2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> > Acesso em: 17.7.2018.

\_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang; CLEVE, Clemerson Merlin. **Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 7.12.2006. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf> > Acesso em: 15.8.2018.

SUNSTEIN, Cass R. *Burkean Minimalism. Public Law and Legal Theory Working Paper nº 116. University of Chicago Law School, January, 2006*. Disponível em: <

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=public_law_and_legal_theory) > Acesso em: 4.8.2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, vol. 101, nº 4, 2003. Disponível em: < [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles) > Acesso em: 4.8.2018.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAYLOR, Matthew M; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revisa de Ciências Sociais – DADOS**, vol. 51, nº 4. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/pdf/218/21817687002.pdf> > Acesso em: 17.7.2018;

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. vol. 50, nº 2. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf> > Acesso em: 17.7.2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton S. de. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manoel, 2010.

TORRES, Ricardo Logo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. vol. II.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. IV.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999. Disponível em: < <https://press.princeton.edu/titles/6634.html> > Acesso em: 6.8.2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VANBERG, Georg. *The Politics of judicial review in Germany. Political economy of institutions and decisions*. Cambridge - UK; New York - USA; Madrid - Spain: Cambridge University Press, July, 2009. ISBN 9780511510427. Disponível em: < [http://assets.cambridge.org/97805218/36470/frontmatter/9780521836470\\_frontmatter.pdf](http://assets.cambridge.org/97805218/36470/frontmatter/9780521836470_frontmatter.pdf) > Acesso em: 25.7.2018.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge in London: Harvard University, 2006.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. Série IDP.

\_\_\_\_\_. Interpretação Constitucional e Diálogo Institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da decisão do STF na ADI. 2797. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício. **O Supremo por seus Assessores**. São Paulo: Almedina, 2014. ISBN 978-858-49-3000-5.

VIEIRA, Gustavo A.M. **Xadrez Constitucional Interpoderes**: entre aticismo judicial e deferência democrática. Jus.com, julho, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/30243/xadrez-constitucional-interpoderes> > Acesso em: 31.7.2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. nº 42. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. ISSN 0102-6445.

Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264451997000300003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264451997000300003&script=sci_abstract&tlng=pt) > Acesso em: 16.7.2018.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, nº 2, São Paulo, jul.-dez., 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> > Acesso em: 13.8.2018.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado** vol. 12, nº 55, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. O *Judicial Review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Apino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

\_\_\_\_\_. *The Core of the case against Judicial review*. **The Yale Law Journal**, vol.115, issue 6, 2006. Disponível em: < <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/> > Acesso em: 12.8.2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 2004.

WEBBER, Jeremy. *Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere)*. **Australian Journal of Human Rights** 135, vol. 9, nº 1, 2003. Disponível em:

< <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJHRights/2003/8.html> > Acesso em: 6.8.2018.

WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. **International Journal of Constitutional Law**. vol. 1. Issue 3, 1.7.2003. Disponível em: < <https://academic.oup.com/icon/article/1/3/446/732982> > Acesso em: 24.7.2018.

WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. *Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests*. **Political Research Quarterly**, vol. 62, nº.4, 2009. Disponível em:

< <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1065912909350565> > Acesso em: 16.7.2018.