



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O EFEITO *BACKLASH* À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Laila Alves Chianelli

Rio de Janeiro
2019

LAILA ALVES CHIANELLI

O EFEITO *BACKLASH* À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Prof^a. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2019

LAILA ALVES CHIANELLI

O EFEITO *BACKLASH* À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada como exigência de conclusão da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2019. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha querida mãe, maior incentivadora e fã.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me dá saúde e abençoa o meu caminho. A Nossa Senhora, que intercede por mim. Ao meu anjo da guarda, que me guia, me ilumina e me protege.

À minha família, por todo o apoio e incentivo durante essa jornada. Em especial ao meu avô, também advogado, meu patrocinador e inspiração; e à minha amada mãe, que me incentiva e comemora cada conquista, por todo o amor, cuidado e confiança.

Ao meu orientador, Guilherme Peña, pelo enriquecimento que suas aulas me proporcionaram ao longo desses anos e, especialmente, pela gentileza ao me atender e orientar na elaboração do presente trabalho.

À professora Mônica, pelo carinho, confiança e incentivo dados ao longo da trajetória de elaboração desta monografia.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pelo ambiente acolhedor e fantástico para amadurecimento acadêmico e profissional. Enorme gratidão pela oportunidade de estudar aqui.

A todos que torcem por mim, participam e contribuem para a minha evolução.

“A felicidade que mais repercute em nós é a que foi alcançada pelo esforço, pelo empenho que não nos dispensou da dor, do caminho árduo e da decepção. A felicidade que mais derrama alegrias sobre nós é a que sabemos ter merecido. A consciência não se engana. Troca grandes feitos herdados por pequenos feitos conquistados. Ela tudo sabe. Felicidade sem esforço é desprovida de valor. Pode até provocar encanto em outros, mas não provoca em quem a hospeda”.

Pe. Fábio de Melo.

SÍNTESE

O ativismo congressual é a postura mais intensa adotada pelo Congresso Nacional em questões constitucionais, objetivando alterar as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de normas fruto do Poder Legislativo. É também conhecido como superação jurisprudencial, reversão legislativa ou efeito *backlash*. Alguns casos, como o da Vaquejada, despertaram a atenção da comunidade jurídica sobre o assunto. Tendo em vista que o STF é o guardião da Constituição, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e uma vez que suas decisões não vinculam o Poder Legislativo, surgem dúvidas acerca de quem seria o responsável para definir o sentido da norma constitucional. Busca-se, portanto, analisar se há primazia de algum Poder sobre o outro para dar a última palavra e como deve ser feita essa integração, respeitando o princípio da separação de poderes. Assim, a teoria dos diálogos constitucionais é abordada para melhor reflexão do tema e alguns casos concretos são analisados, a fim de elucidar o estudo feito ao longo da pesquisa.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. O ALCANCE DO EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUA NÃO Oponibilidade AO PODER LEGISLATIVO..... | 13 |
| 1.1. Modalidades de controle de constitucionalidade..... | 14 |
| 1.2. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no controle difuso e no controle concentrado..... | 18 |
| 1.3. Motivo da não oponibilidade do efeito vinculante ao Poder Legislativo..... | 22 |
| 1.4. Possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais..... | 24 |
| 2. A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL PELO PODER LEGISLATIVO..... | 27 |
| 2.1. A separação dos poderes e suas respectivas funções..... | 29 |
| 2.2. Diferenças entre precedentes, jurisprudência e súmula: uma crítica ao termo “superação jurisprudencial”..... | 32 |
| 2.3. A superação do entendimento constitucional..... | 37 |
| 2.3.1. Reação legislativa e reversão da jurisprudência: o ativismo congressual e o efeito <i>backlash</i> | 39 |
| 2.4. Alguns exemplos práticos do efeito <i>backlash</i> no Direito Comparado e no Brasil..... | 46 |
| 3. QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?..... | 50 |
| 3.1. A expansão do papel do Poder Judiciário pós Constituição de 1988: supremacia judicial?..... | 52 |
| 3.2. A teoria dos Diálogos Constitucionais..... | 56 |
| 3.3. Algum Poder tem proeminência sobre o outro na interpretação constitucional?..... | 62 |
| 3.4. Os diálogos constitucionais no Brasil..... | 71 |
| 4. CASOS CONCRETOS SOBRE O EFEITO BACKLASH E A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL..... | 77 |
| 4.1. Caso Mira Estrela..... | 77 |
| 4.2. Caso Vaquejada..... | 81 |
| 4.3. Caso Infidelidade Partidária..... | 89 |
| CONCLUSÃO..... | 96 |
| REFERÊNCIAS..... | 99 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

Min. - Ministro

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Res. - Resolução

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica versa sobre o efeito *backlash* à luz da teoria dos diálogos constitucionais, enfatizando o ativismo congressual em reação à jurisprudência decorrente da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Objetiva-se discutir sobre as questões atinentes à reversão jurisprudencial, abordando temas como o da separação de poderes, modalidades de controle de constitucionalidade, os efeitos da declaração decorrente desse controle e a quem ela vincula, bem como desenvolvendo o tema da teoria dos diálogos constitucionais, como instrumento importante para a integração e harmonia entre os Poderes no exercício da atribuição do sentido da Constituição.

Para tanto, o foco do trabalho incide especificamente sobre um dos possíveis meios empregados pelo Poder Legislativo, a emenda constitucional, para modificar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o que algumas vezes ocorre em curto lapso temporal entre o julgamento da ação de constitucionalidade e a novidade normativa.

A pesquisa justifica-se porque a questão esbarra em princípios como o da separação dos poderes e o da segurança jurídica, bem como no aspecto concernente a quem cabe a atribuição do sentido da norma constitucional, abordando os temas da supremacia judicial e da supremacia parlamentar, tendo em vista que os Poderes Judiciário e Legislativo disputam acerca de quem será o último a dar a palavra definitiva, gerando sensação de insegurança ao jurisdicionado, já que ocorre uma eterna discussão sobre a possibilidade de exercer, ou não, determinado direito.

Com o intuito de abordar o tema específico, deve haver uma contextualização com alguns assuntos pertinentes, a fim de que se possa chegar a um entendimento mais sólido do objeto do presente trabalho.

Dessa forma, importante destacar que o controle de constitucionalidade surgiu na América a partir de um precedente importante nos Estados Unidos – caso *Marbury X Madison*. Nesse contexto, determinou-se que a Suprema Corte tem o papel de exercer o controle de constitucionalidade das leis, em razão do princípio da supremacia da Constituição, da nulidade da norma ou ato jurídico que contrarie a norma constitucional e do fato de que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição.

No direito brasileiro, a competência do Supremo Tribunal Federal para proferir decisões judiciais em que se questiona a constitucionalidade de leis e atos normativos foi reconhecida na Constituição de 1891, já que antes essa função competia ao próprio Poder Legislativo.

Hoje em dia muito se questiona acerca da competência do STF para julgar, em última análise, a constitucionalidade de uma norma, tendo em vista que elas entram no ordenamento jurídico mediante a vontade do Congresso Nacional, cujos parlamentares foram eleitos democraticamente pelo povo, ao passo que os membros da Suprema Corte não são eleitos pelo voto popular. Além disso, busca-se cada vez mais a integração entre os Poderes para se firmar o sentido da norma constitucional.

Com esse argumento e com o intuito de superar a jurisprudência firmada, o Poder Legislativo tem tentado modificar entendimentos do STF editando leis ordinárias contrárias a eles ou, outras vezes, aprovando emendas constitucionais em sentido oposto à decisão de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado.

Dessa forma, surgem as seguintes reflexões: de onde vem a competência para o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e por que foi confiado à Corte esta função? É possível que o Legislativo realize uma reversão jurisprudencial da decisão proferida pelo STF e, sendo permitida, essa possibilidade é absoluta e ilimitada ou deve respeitar algum requisito? Há alguma afetação ao princípio da separação dos poderes e à segurança jurídica? Como ficam os direitos das minorias protegidos pela Suprema Corte? Existe, no Direito Comparado, algum debate acerca do presente tema que possa contribuir na construção de um entendimento mais sólido no Direito brasileiro? O Brasil aplica adequadamente a teoria dos diálogos constitucionais?

Diante dessas questões expostas, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho destacando que o Supremo Tribunal Federal é o órgão que tem a competência constitucional para exercer o papel de guardião da Constituição, devendo analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos, em controle concentrado/abstrato ou difuso/incidental, frisando a não oponibilidade do efeito vinculante de suas decisões ao Poder Legislativo.

A partir dessa explanação, o segundo capítulo analisa a possibilidade de o Legislativo superar uma decisão constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando o denominado efeito *backlash* e, ainda, trata da diferença entre os padrões decisórios da Suprema Corte.

Por sua vez, o terceiro capítulo aborda a questão de quem dá a última palavra sobre a Constituição, a partir da expansão do papel do Poder Judiciário pós CRFB/88, trazendo o ao estudo a teoria dos diálogos constitucionais para o desenvolvimento do sentido da norma constitucional.

Por fim, o quarto capítulo pretende indicar alguns casos concretos do instituto do *backlash* no Brasil, analisando se há a devida aplicação da teoria dos diálogos constitucionais, e verificando-se a abordagem prática do tema no ordenamento jurídico.

Na elaboração da presente pesquisa é utilizado o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o estudo parte de uma compreensão geral para se chegar a uma conclusão particular de possibilidade, de acordo com as premissas elencadas ao longo do trabalho.

Dessa forma, o objeto do trabalho tem uma abordagem necessariamente qualitativa, pois se utiliza de todas as fontes, como a doutrina, a jurisprudência e a lei, a fim de que a tese seja sustentada com base em argumento de autoridade.

1. O ALCANCE DO EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUA NÃO Oponibilidade AO PODER LEGISLATIVO

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, possui competência para processar e julgar as ações de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, conforme previsão do artigo 102, I, a, da CRFB/88¹. A ele cabe guardar a Constituição e zelar inexoravelmente pela fiel observância de seus preceitos.

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos destinados a restabelecer a harmonia do ordenamento jurídico², no caso em que ocorra alguma violação à sua ordem e unidade, princípio esse que deve ser entendido exatamente pela relação harmônica entre o ordenamento, como um todo, e a Constituição da República. Vale ressaltar que esse controle é exercido em razão de duas premissas básicas, que se associam entre si: a supremacia e a rigidez da Constituição³.

A supremacia é entendida pelo fato de que a Carta Magna está situada no topo hierárquico das leis, conforme a pirâmide de Kelsen⁴, devendo todos os atos e normas infraconstitucionais obediência a ela. Segundo Canotilho⁵, essa superioridade é traduzida pelo fato de que as normas constitucionais constituem uma *lex superior*, tendo si própria como fundamento de validade; são “normas de normas”, ou seja, fonte de produção de outras normas; e, ainda, todos os atos dos poderes políticos devem conformidade a Lei Maior. É pelo critério formal que as normas são consideradas constitucionais, tendo em vista que não é em razão de seu conteúdo, mas sim da sua incorporação ao diploma que é considerado supremo⁶.

A rigidez, por sua vez, se traduz pela ideia de que a Lei Maior não pode ser alterada por um processo legislativo qualquer, ou seja, deve obedecer a um procedimento próprio, mais complexo do que o infraconstitucional comum.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

²BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

³Ibid., p. 23.

⁴SOARES, Amanda; OLIVEIRA, Gabriela; MORAES, Muryel. *Teoria pura do direito: a hierarquização das normas*. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁵CANOTILHO apud TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56-57.

⁶Ibid., p. 59.

André Ramos Tavares⁷ afirma que o Tribunal Constitucional presta-se exatamente à garantia dos princípios da supremacia e da rigidez constitucional. Não há como se pensar em um Tribunal Constitucional sem que haja supremacia da Constituição, cabendo ressaltar que a ela decorre da rigidez. Assim, em sistemas em que as normas constitucionais são flexíveis⁸, a possibilidade de um controle de constitucionalidade e, por conseguinte, a existência de um Tribunal Constitucional, é reduzida.

O controle de constitucionalidade se verifica, portanto, devido à superioridade das normas constitucionais e à rigidez da Constituição, que são fundamentos de validade para todo e qualquer ato ou lei infraconstitucional. Assim, o controle é feito para analisar a regularidade da observância que é devida pelas normas infraconstitucionais à Lei Maior.

Segundo Alexandre de Moraes⁹, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco¹⁰ apontam que o controle dos requisitos formais é aquele que verifica eventual defeito na formação da norma, seja pela inobservância da ordem técnica, procedimental, seja pela não verificação das regras de competência. É também chamada de inconstitucionalidade formal propriamente dita no primeiro caso e, no segundo, denominada de inconstitucionalidade formal orgânica, conforme destaca Barroso¹¹. Já o controle dos requisitos materiais é feito em relação ao conteúdo da lei ou do ato normativo, havendo violação quando não se observa as regras e os princípios da Constituição.

1.1. Modalidades de controle de constitucionalidade¹²

Existem, basicamente, três referências de modelos do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, que são o modelo americano, o modelo austríaco e o modelo francês.

O modelo americano tem como marco inicial o caso *Marbury v. Madison*¹³, julgado no ano de 1803, possuindo como característica o controle de constitucionalidade exercido por

⁷Ibid., p. 61.

⁸Em sistemas com constituições flexíveis, a alteração de suas normas ocorre pelo mesmo processo de elaboração da lei comum, infraconstitucional. A Constituição inglesa é um exemplo de constituição flexível.

⁹MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 637.

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138-139.

¹¹BARROSO, op. cit., p. 48-49.

¹²Ibid., p. 63-64.

todos os juízes e tribunais, de forma difusa, no exercício regular da função jurisdicional. O modelo austríaco, por sua vez, teve a previsão do controle inserido na sua Constituição de 1920 e dissipado pela Europa somente após a 2ª Guerra Mundial, apresentando como elemento essencial um órgão próprio para julgar ações dessa natureza, de forma concentrada, chamado de Tribunal Constitucional. Já o modelo francês de controle de constitucionalidade tem como característica fundamental o seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo exercido por um Conselho¹⁴.

Existem algumas classificações sobre as modalidades de controle de constitucionalidade, pois elas podem ser reunidas de acordo com a natureza do órgão que exerce o controle – político, judicial ou misto –, quanto ao momento do controle – preventivo ou repressivo –, quanto à forma em que o controle é exercido – incidentalmente ou por via principal, direta –, bem como, no caso do controle judicial, de acordo com o órgão que o exerce – controle difuso ou controle concentrado.

Para a elaboração da presente pesquisa científica, convém apenas mencionar brevemente sobre o controle de constitucionalidade político, já que não há a pretensão de aprofundar muito o estudo sobre controle de constitucionalidade. Trata-se de controle feito pelo Poder Legislativo quando realizado nas Casas Legislativas, como, por exemplo, pela Comissão de Constituição e Justiça; bem como o realizado pelo Poder Executivo, por meio de veto a um projeto de lei eivado de vício de inconstitucionalidade, por exemplo¹⁵.

Tendo em vista que o foco do presente capítulo é voltado ao controle de constitucionalidade judicial, algumas observações devem ser feitas acerca dos possíveis órgãos que o exercem e a forma pela qual ele é feito.

¹³O caso *Marbury v. Madison* deu origem ao primeiro precedente de controle de constitucionalidade americano, também chamado de *judicial review*. Foi a primeira decisão em que a Suprema Corte afirmou o seu poder para exercer o controle de constitucionalidade, cabendo ressaltar que não havia previsão expressa na Constituição sobre essa competência, sendo o fundamento retirado em razão de uma decorrência lógica extraída do sistema. Se desencadeou porque o até então Presidente dos Estados Unidos, John Adams, em 1800, nomeou alguns juízes federalistas, ficando o seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregar as investidas aos nomeados, mas não houve tempo para entregar todas. Em seguida, Thomas Jefferson tomou posse no cargo de Presidência dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo a orientação de seu Presidente, não entregou os atos de investidura aos que não haviam recebido por Marshall. Entre os nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial - *writ of mandamus* - para que fosse reconhecido o seu direito ao cargo, com base em uma Lei do ano de 1789 - *The Judiciary Act* -, que reconhecia a competência da Suprema Corte para julgar ações daquela natureza. A argumentação desenvolvida por Marshall, acerca da supremacia constitucional, da necessidade do *judicial review*, bem como de a competência da matéria ser do Judiciário, é tida como primorosa, pois foi um marco importante na América, apesar de não ser, contudo, pioneira, já que existiam precedentes de supremacia da Constituição em outros ordenamentos antigos, como o medieval e o ateniense. *Ibid.*, p. 25-28.

¹⁴*Ibid.*, p. 63.

¹⁵MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1028-1029.

Quanto ao órgão, portanto, o controle pode ser feito pelo meio difuso ou concentrado. De acordo com Luís Roberto Barroso¹⁶, “diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”. Alexandre de Moraes¹⁷ afirma que o controle difuso, “também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”.

Conforme já assinalado anteriormente, o controle difuso de constitucionalidade teve o seu marco inicial no sistema americano, no caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, quando a Suprema Corte reconheceu a competência do Judiciário de analisar a constitucionalidade das leis, por qualquer juiz ou tribunal, podendo deixar de aplicar uma norma sempre que ela contrariar o disposto na Constituição, que tem supremacia sobre todas as demais normas infraconstitucionais.

No Brasil, o modelo difuso de controle de constitucionalidade foi implementado na primeira Constituição republicana, em 1891, conforme aponta Barroso¹⁸, e perdura até os dias atuais, com respaldo na CRFB/88.

O controle difuso é aquele em que o objeto da ação não é a constitucionalidade da lei em si, ou seja, o pedido da ação não é a inconstitucionalidade da lei, mas essa é a causa de pedir. Em regra, a inconstitucionalidade é arguida, no controle difuso, de forma incidental, ou *incidenter tantum*¹⁹. Nas palavras de Alexandre de Moraes²⁰, “o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário”.

O controle concentrado, por sua vez, também chamado de sistema austríaco, “é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”, conforme indica Barroso²¹. Essa forma de controle foi inserida pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, com a criação do Tribunal Constitucional.

¹⁶Ibid., p. 69.

¹⁷MORAES, op. cit., p. 645.

¹⁸BARROSO, op. cit., p. 116.

¹⁹Controle incidental é a fiscalização da constitucionalidade de uma norma, feita pelo juiz ou tribunal quando da apreciação de um caso concreto. Essa análise tem que ser realizada por se tratar de uma questão prejudicial, tendo em vista que a inconstitucionalidade da norma indicada pela parte tem que ser enfrentada para que ocorra a solução da lide.

²⁰MORAES, op. cit., p. 647.

²¹BARROSO, op. cit., p. 70.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade somente foi inserido no ordenamento em 1965, pela Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965²², como competência do Supremo Tribunal Federal²³.

Até hoje, no Brasil, de acordo com a Constituição atual – CRFB/88 – o tribunal responsável para exercer o controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos, no plano federal, é o Supremo Tribunal Federal. A Corte analisa as ações do controle concentrado pela via principal, de ação direta²⁴, em que o objeto da ação é a própria arguição de inconstitucionalidade.

De acordo com o artigo 102, I, a, bem como o artigo 103, § 2º, ambos da CRFB/88²⁵, essa arguição é feita por meio da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou mediante a ação de inconstitucionalidade por omissão. No plano estadual, por sua vez, o paradigma é a Constituição do Estado e o controle é feito pelo Tribunal de Justiça por meio da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, de âmbito estadual ou municipal, conforme prevê o artigo 125, § 2º, da CRFB/88²⁶.

A análise é feita de forma abstrata, tendo em vista que o questionamento sobre a validade da lei não faz parte de nenhum caso específico para esse assunto, como ocorre na forma concreta de controle, em que há um caso concreto específico, com lide. Nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁷, “a ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes”.

Vale ressaltar, também, que o controle feito pela via principal é associado ao controle concentrado, normalmente com caráter abstrato, ao passo que o controle feito pela via incidental é associado ao modo difuso. Há duas exceções, porém, no que toca essa regra, que devem ser mencionadas: em relação à primeira, a exceção é o caso da Ação Direta Interventiva, cujo titular é o Procurador-Geral da República, que deve ter acolhimento do Supremo Tribunal Federal como requisito de admissibilidade para a intervenção federal, razão

²²BRASIL. *Emenda Constitucional nº 16*, de 06 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²³BARROSO, op. cit., 2016, p. 71.

²⁴Controle por via principal ou de ação direta é aquele em que a constitucionalidade de uma norma é analisada fora de uma lide, isto é, independente de um caso concreto, sem partes. Tem-se como objeto principal da demanda o próprio pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei, como forma de preservar a harmonia e a autoridade do sistema jurídico e da CRFB/88.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁶Ibid.

²⁷BARROSO, op. cit., p. 73.

pela qual a manifestação não é em tese, mas em concreto²⁸; já em relação à segunda regra, uma hipótese de controle incidental concentrado passou a ser admitida, com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF –, inserida pela Lei nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999, conforme destacadas por Barroso²⁹.

1.2. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no controle difuso e no controle concentrado

No controle concentrado de constitucionalidade, no plano federal, a Lei nº 9.868/99 trata da decisão final das ações. Exige-se o voto da maioria absoluta³⁰ dos Ministros do STF – seis ministros – para a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade da norma impugnada, conforme artigo 23 da Lei nº 9.868/99³¹. Cabe ressaltar, ainda, que a decisão final é irrecorrível, não podendo sequer ser objeto de ação rescisória, mas é garantida a possibilidade de interposição de embargos de declaração, como prevê o artigo 26 do mesmo diploma legal³².

Os efeitos da decisão são, em geral, *ex tunc*, ou seja, tem efeito retroativo, para trás. Assim, a norma é declarada constitucional ou inconstitucional com efeitos que retroagem desde a data de sua edição. Isso significa dizer, portanto, que a norma declarada inconstitucional pelo STF em controle de constitucionalidade deverá ser assim entendida retroativamente, desde o dia em que a norma foi editada, devendo todo ato decorrido daquela norma também ser interpretado como inconstitucional.

No entanto, a Corte pode, por motivos de segurança jurídica ou relevante interesse social, modular os efeitos da decisão, conforme prevê o artigo 27 da Lei nº 9.868/99³³, desde que decidido pelo voto de dois terços dos seus membros. Dessa forma, os efeitos serão restringidos, podendo torna-los *ex nunc*, ou seja, prospectivos, não retroativos, produzindo efeitos somente a partir da publicação da decisão do Tribunal ou, ainda, fixar um momento futuro para o início da produção dos efeitos.

²⁸CLÈVE, apud Ibid.

²⁹Ibid.

³⁰Maioria absoluta é o primeiro número inteiro após a metade de quantos membros existirem. Assim, a maioria absoluta dos Ministros do STF são 6 (seis) membros, pois a Corte é composta por 11 (onze) Ministros. Sendo a metade de 11 (onze) igual a 5,5 (cinco e meio), o primeiro número inteiro após a metade é 6 (seis).

³¹BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 4 jul. 2018.

³²Ibid.

³³Ibid.

Além disso, cabe ressaltar que as decisões das ações do controle concentrado são, em regra, *erga omnes*, que significa dizer que atinge a todos, e não apenas às partes do processo. Isso porque trata-se de hipótese de legitimação extraordinária, em que há substituição processual. Segundo Barroso³⁴, “os órgãos legitimados atuam em nome próprio, mas no interesse da sociedade como um todo”. Assim, o acórdão faz coisa julgada em relação a todos e, sendo declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Tribunal, as consequências serão a nulidade e a ineficácia da lei.

Também importa destacar que as decisões do STF nas ações do controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante. Nesses casos, conforme prevê o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99³⁵, em consonância com o artigo 102, § 2º, da CRFB/88³⁶, uma vez declarada a (in)constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, ou a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a decisão do STF vincula todos os órgãos do Poder Judiciário, exceto o próprio Tribunal, que não poderão decidir em sentido contrário ao que decidiu a Corte, em relação aos processos futuros ou em curso. Também vincula os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em suma, diz-se que as decisões do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF produzem, em regra, efeitos *ex tunc*, que retroagem à data da publicação da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, bem como *erga omnes*, atingindo toda a sociedade e, também, efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Deve-se, contudo, destacar o entendimento de Luís Roberto Barroso³⁷:

[...] a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei em ação direta reveste-se de autoridade de coisa julgada, com eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal. Mas a decisão que julga improcedente o pedido – e, conseqüentemente, declara a constitucionalidade da lei ou ato normativo – produz apenas efeito vinculante, subordinando todos os demais tribunais, mas não o próprio Supremo Tribunal Federal, que poderá revê-la se assim lhe aprouver.

Segundo ele, a decisão que declara a inconstitucionalidade em ADI/ADC tem eficácia vinculante, inclusive, para o STF. Entretanto, a decisão de constitucionalidade nas ações diretas não vincula o próprio Supremo, mas tão somente os demais tribunais.

³⁴BARROSO, op. cit., p. 237.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷BARROSO, op. cit., p. 244-245.

Quanto ao controle de constitucionalidade difuso, em que a análise é feita no bojo de um caso concreto, a questão pode ser levada à Corte por meio de um recurso extraordinário, conforme artigo 102, III, da CRFB/88³⁸. De acordo com a teoria tradicional, o entendimento clássico é de que os efeitos da decisão proferida pelo STF declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo são, em regra, *ex tunc*, assim como os efeitos da decisão em controle concentrado. No entanto, quanto ao alcance da decisão, pela teoria tradicional entende-se que os efeitos são *inter partes*, ou seja, ela apenas produzirá efeitos sobre as partes do processo.

O artigo 52, X, da CRFB/88³⁹ prevê que compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF. Dessa forma, o entendimento tradicional era de que se tratava de uma decisão discricionária do Senado, quando feita a comunicação pelo STF, mas uma vez editada a resolução por aquele órgão, os efeitos da decisão, que inicialmente eram *inter partes*, passariam a ser *erga omnes*, ampliando a eficácia do controle difuso⁴⁰.

No entanto, o STF mudou a sua jurisprudência e decidiu adotar o efeito vinculante e *erga omnes* também às declarações incidentais de controle de constitucionalidade. Segundo Márcio Cavalcante⁴¹, a nova interpretação do artigo 52, X, da CRFB/88 é no sentido de que “quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido”.

Verifica-se que ocorreu uma mutação constitucional⁴² em relação à interpretação do artigo 52, X, da CRFB/88, em que a Corte passou a admitir a teoria da abstrativização do controle difuso. Isso porque o STF passou a entender que as decisões do controle difuso de constitucionalidade também conferem efeitos vinculantes e *erga omnes*, assim como as decisões do controle concentrado, sendo o papel do Senado Federal apenas de conferir publicidade a elas.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional*: entendendo a Rel 4335/AC. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁴¹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁴²Mutação constitucional é o processo informal de mudança da Constituição, em que ocorre a alteração do sentido e do alcance da norma, mas não a modificação do texto. Assim, o texto permanece o mesmo, mas a interpretação da norma é modificada.

Vale ainda acrescentar que, apesar de o STF ter chegado mais próximo à teoria da transcendência dos motivos determinantes, em que além do dispositivo, os motivos e a fundamentação da decisão também seriam vinculantes, não se pode afirmar que a Corte passou a adotá-la, segundo observa Márcio Cavalcante⁴³.

Na doutrina, Gilmar Mendes⁴⁴ é o grande defensor dessa citada mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/88, que afirma ser possível tendo em vista a total reformulação do sistema jurídico, defendendo que se pode falar em uma autêntica reforma da Constituição sem modificação do texto. Segundo ele é inevitável que, no atual momento da legislação, se passe a atribuir ao artigo 52, X, da CRFB/88 a interpretação de conferir simplesmente um efeito de publicidade às resoluções editadas pelo Senado Federal.

Pedro Lenza⁴⁵ sustenta que os principais argumentos a embasarem essa atual posição, defendida por Gilmar Mendes, são os da força normativa da Constituição e sua supremacia, o de que a Lei Maior deve ser aplicada de forma uniforme a todos os destinatários, bem como o de que o STF é o intérprete máximo e guardião da Constituição, além da dimensão política das decisões do STF, como também os princípios da integridade e coerência da jurisprudência dos Tribunais.

Não obstante, na opinião de Lenza⁴⁶:

admitir que o STF interprete no sentido de ter havido mutação do art. 52, X, e, assim, transformar o Senado Federal em órgão para simples publicidade da decisão concreta é sustentar inadmitida mutação constitucional. Ao STF, não foi dado o poder de reforma.

Críticas à parte, fato é que o Plenário do STF, por maioria, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ⁴⁷, no final do ano de 2017, mudou a sua jurisprudência⁴⁸ para, enfim, seguir a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da CRFB/88.

⁴³CAVALCANTE, op. cit., nota 41.

⁴⁴MENDES apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 287.

⁴⁵Ibid, p. 288.

⁴⁶Ibid., p. 290.

⁴⁷A ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ trataram sobre a constitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro, de nº 3.579/01, que legislou sobre a proibição do uso do amianto no território fluminense, tendo em vista que o artigo 2º da Lei 9.055/95 foi considerado incompatível com a Constituição de 1988, atualmente, pois passou pelo fenômeno da inconstitucionalização – inconstitucionalidade superveniente – em razão da vasta informação que se tem sobre os riscos do amianto, o que modificou a situação fática. Por isso, os estados passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria, até que nova lei federal seja editada tratando das normas gerais.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

A fim de corroborar com essa informação, destaca-se abaixo um trecho do Informativo nº 886 do STF⁴⁹:

a Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e “erga omnes”. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017).

Assim, a nova interpretação deve ser a de que o Senado Federal deve editar resoluções apenas para conferir publicidade ao conteúdo das decisões do STF em controle incidental, difuso, de constitucionalidade. Isso porque, conforme Celso de Mello⁵⁰, a eficácia vinculante já resulta da própria decisão da Corte.

1.3. Motivo da não oponibilidade do efeito vinculante ao Poder Legislativo

Conforme já mencionado anteriormente, o efeito vinculante das decisões do STF nas ações de controle de constitucionalidade não alcança o Poder Legislativo. Primeiro, deve-se destacar que isso decorre da própria redação dos dispositivos que tratam sobre a matéria.

O artigo 102, § 2º, da CRFB/88⁵¹ versa que as decisões definitivas de mérito em ADI e ADC produzirão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No mesmo sentido, o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99⁵² prevê que o efeito vinculante proveniente dessas decisões do STF será sobre os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual e municipal.

Vale lembrar que o efeito vinculante das decisões do STF faz com que os demais órgãos do próprio Poder Judiciário e da administração pública, de todas as esferas, devam respeitá-las. Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma, em controle concentrado e de acordo com o novo entendimento dos efeitos no controle difuso, não pode um juiz ou um administrador, por exemplo, deixar de observar aquela decisão. Portanto, eles deverão aplicar a decisão da Corte, porque ela, agora, faz papel de lei entre as partes e para toda a sociedade, devido ao efeito *erga omnes*.

⁴⁹Ibid.

⁵⁰Ibid.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 31.

Nos dispositivos expostos acima não há sequer menção sobre o Poder Legislativo. Dessa forma, alguns autores defendem que a interpretação deve ser feita englobando a influência do efeito vinculante das decisões definitivas de mérito do STF também ao Legislativo, mas trata-se de entendimento minoritário. Nessa linha de entendimento, Alexandre de Moraes⁵³ sustenta que o efeito vinculante se aplica inclusive ao legislador, o que faz com que ele não possa editar uma nova norma com a mesma disposição da que foi declarada inconstitucional.

Não é esse, porém, o entendimento da maioria da doutrina⁵⁴ e do Supremo Tribunal Federal. Para a Corte, assim como de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o efeito vinculante da decisão das ações do controle de constitucionalidade não se aplica ao Poder Legislativo.

A ausência de menção acerca desse poder nos dispositivos referidos é, portanto, um silêncio eloquente, porque o constituinte e assim, conseqüentemente, o legislador, quiseram silenciar. O desejo foi de prever que o efeito vinculante não alcança o Legislativo. Assim, não se trata meramente de uma lacuna, em que o legislador se esquece de prever algo, mas sim da intenção de que, ao calar-se, sabe-se que faz com que não incida o efeito vinculante ao Legislativo.

Dessa forma, não estando vinculados à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF, é possível que o Poder Legislativo ou o Poder Constituinte Derivado Reformador editem uma nova norma legal ou constitucional prevendo exatamente o que foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema, sem que isso configure desrespeito à decisão decretada.

Deve-se destacar que o Poder Constituinte Derivado Reformador é uma subespécie do Poder Constituinte Derivado, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁵, assim como o Poder Constituinte Derivado Decorrente⁵⁶. O Poder Constituinte Derivado é um poder de 2º grau, subordinado e hierarquicamente inferior ao Poder Constituinte Originário, que cria a nova Constituição. O Poder Constituinte Derivado Reformador, portanto, é aquele que tem como finalidade a reforma da Constituição, isto é, a alteração do texto constitucional. Se

⁵³MORAES, op. cit., p. 691.

⁵⁴BARROSO, op. cit., p. 246.

⁵⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

⁵⁶O Poder Constituinte Derivado Decorrente se refere à possibilidade de os estados-membros de uma Federação se auto-organizarem em razão da sua autonomia político-administrativa, editando suas próprias Constituições estaduais, sempre observando o modelo da Constituição Federal.

materializa por meio das emendas constitucionais, cujo processo legislativo tem forma diferenciada e mais complexa, previsto expressamente no artigo 60 da CRFB/88⁵⁷.

Também deve ser levado em conta que a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador seria afetada, caso o efeito vinculante alcançasse o Legislativo, o que prejudicaria a harmonia entre os poderes. Cabe destacar um trecho do voto⁵⁸ de Cezar Peluso:

[...] tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. (...) a proibição exigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição.

Segundo esse entendimento, admitir que o efeito vinculante da decisão definitiva de inconstitucionalidade, declarada pelo STF, alcance o Poder Legislativo, seria admitir que a Constituição ficasse engessada. Isso porque não seria possível que o legislador criasse uma nova lei com o mesmo preceito da norma declarada inconstitucional, petrificando, assim, a evolução social⁵⁹.

O direito brasileiro, diferente de outros sistemas constitucionais – como o francês – não impede que o legislador volte a regular sobre a matéria declarada inconstitucional. Entretanto, ao assim fazer, poderá acabar incorrendo em nova inconstitucionalidade, por vício formal ou material, cabendo o ajuizamento de nova ADI pelos órgãos ou pessoas competentes elencados no artigo 103 da CRFB/88⁶⁰ e no artigo 2º da Lei nº 9.868/99⁶¹. O legislador não está vinculado à motivação da análise acerca da validade da norma⁶².

1.4. Possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

A presente seção objetiva diferenciar as normas constitucionais originária das normas constitucionais derivadas do poder constituinte reformador, que é aquele por meio do qual são editadas as emendas constitucionais, que modificam formalmente a Constituição.

⁵⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Reclamação 2.617-5*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁵⁹LENZA, op. cit., p. 338.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶¹BRASIL, op. cit., nota 31.

⁶²BARROSO, op. cit., p. 246.

Para tanto, convém ressaltar que, no Brasil, as normas constitucionais gozam de mesmo *status* normativo, havendo normas constitucionais originárias, fruto da criação do poder constituinte originário, que tem caráter ilimitado, inicial e incondicionado, e normas constitucionais derivadas, que devem respeito às limitações estipuladas pelo constituinte originário. Portanto, aquelas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade.

Cabe destacar, de forma sucinta, que Otto Bachof⁶³ defende a possibilidade de uma norma constitucional ser objeto de controle de constitucionalidade e passível de invalidação, quando for violadora de norma supralegal, positivada ou não na Constituição – ou seja, norma constitucional que deriva de um direito suprapositivo, natural –, pois, nesse caso, o constituinte originário estaria atrelado a esses princípios suprapositivos.

Contudo, no sistema jurídico brasileiro, não cabe ao Supremo Tribunal Federal a fiscalização do poder constituinte originário, pois de acordo com o princípio da unidade constitucional, deve o intérprete compatibilizar eventuais normas constitucionais contraditórias entre si, tornando-as harmônicas para que ambas continuem existindo e produzindo efeitos no ordenamento jurídico⁶⁴. Essa interpretação pode ser retirada do artigo 102, *caput*, da CRFB/88⁶⁵, que versa que cabe ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição.

Há, todavia, a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais fruto da atuação do poder constituinte derivado reformador, ou seja, das emendas constitucionais. O próprio constituinte originário estabeleceu os limites para a reforma da Constituição, elencados no artigo 60 da Carga Magna⁶⁶.

Havendo estreita compatibilização e respeito aos limites fixados, a emenda introduzirá ao corpo constitucional nova norma, que terá o mesmo *status* normativo das demais normas constitucionais, em pé de igualdade com as criadas pelo poder constituinte originário. No entanto, caso a emenda constitucional deixe de observar algum requisito, ela poderá ser objeto do controle, tanto formal quanto material.

⁶³BACHOF apud NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. *Elementos da teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais de Otto Bachof*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32589/elementos-da-teoria-da-inconstitucionalidade-de-normas-constitucionais-de-otto-bachof>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁶⁴CERA, Denise Cristina Mantovani. *O Supremo Tribunal Federal admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais?*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2564231/o-supremo-tribunal-federal-admite-a-tese-das-normas-constitucionais-inconstitucionais-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶⁶Ibid.

De acordo com Celso de Mello⁶⁷:

mesmo as emendas à Constituição Federal não estão excluídas da possibilidade de virem a constituir objeto de controle, abstrato ou concreto, de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no desempenho de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, §1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar (...). Emendas à Constituição – que não são normas constitucionais originárias – podem, assim, incidir, elas próprias, no vício de inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias.

Assim, verifica-se que é plenamente possível, de acordo com a doutrina e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que emendas constitucionais sejam objeto de controle de constitucionalidade quando violar os limites estipulados pelo artigo 60 da CRFB/88, podendo, portanto, serem declaradas inconstitucionais e, conseqüentemente, invalidadas, extirpando-as do ordenamento jurídico.

⁶⁷PRATA FILHO, Ricardo Barreto. *O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e a posição do STF sobre o atual regime dos precatórios*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-de-constitucionalidade-da-reforma-constitucional-e-a-posicao-do-stf-sobre-o-atual-regime-de-precato,47564.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

2. A POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL PELO PODER LEGISLATIVO

O Direito está sempre em movimento. Isso ocorre porque ele deve evoluir conforme se dá a transformação da sociedade, com os seus novos anseios e pensamentos. O Direito não está engessado. Por mais que existam diversas normas que o próprio constituinte originário elencou como intocáveis na Constituição da República de 1988, de forma que elas não poderiam sair do ordenamento jurídico, o que deve ser compreendido como intangível é o seu núcleo duro, isto é, o valor que se extrai da norma⁶⁸.

O que se procura dizer é que não há como se falar em imutabilidade do Direito, de modo a fazer com que a mesma lei perdure eternamente, ou o mesmo entendimento jurisprudencial seja válido para sempre. Não há sequer como cogitar essa possibilidade, tendo em vista que cada pessoa, que ocupa o papel de protagonista, em certo período de tempo, no cenário de cada Poder do Estado, seja ele o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, é diferente uma da outra, no sentido de que cada uma realiza interpretações diferentes para as mesmas regras e princípios elencados no sistema jurídico, sempre que possível essa interpretação.

Essas pessoas, que muitas vezes deixam grandes marcas na história do Direito, criam regras, representam a sociedade, fazem valer atos administrativos e dirimem conflitos, são passageiras. Outras ocuparão seus lugares e terão, provavelmente, outra interpretação do Direito, sempre, certamente, de acordo com a transformação da sociedade.

Destaca-se que, obviamente, o indivíduo por trás do órgão de Poder não age de acordo com as suas próprias vontades, uma vez que deve respeitar as regras que regem cada situação jurídica. No entanto, o que se defende é que há, indubitavelmente, uma evolução ao

⁶⁸Algumas constituições consagram a noção de núcleo essencial, como é o caso da Lei Fundamental alemã, de 1949, que estabelece em seu artigo 19, nº 2, que “em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018. A proteção ao núcleo essencial pode ser considerada como uma reação aos abusos legislativos em face de direitos fundamentais, ocorridos principalmente na época do nacional-socialismo, atendendo também aos anseios da doutrina constitucional da época de Weimar. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=_EFnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=n%C3%BAcleo+duro+de+uma+norma+constitucional&ots=rKUxBwgLj2&sig=GzL0qALwXKLxVpzHhZ9j4MHn1nY#v=onepage&q=n%C3%BAcleo%20duro%20de%20uma%20norma%20constitucional&f=false>. Acesso em: 14 set. 2018. No ordenamento jurídico brasileiro, embora a CRFB/88 não tenha contemplado expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o texto veda expressamente que se delibere sobre proposta de emenda constitucional que seja tendente a abolir direitos e garantias individuais, no artigo 60, §4º, IV, da CRFB/88.

longo do tempo na sociedade, e isso se dá pela ascensão da cultura e pensamentos, acarretando em uma reforma, ainda que não formal⁶⁹, no sistema e, portanto, no Direito.

Por isso é que se admite a superação de entendimentos anteriormente firmados, bem como a inovação de leis, que revogam outras normas já defasadas do ordenamento jurídico, pois o Direito é dinâmico, é evolutivo e constantemente é objeto de adaptação e fonte de novas interpretações. Corroborando com essa posição, Alexandre Câmara⁷⁰ destaca que “impedir a superação dos precedentes criaria um engessamento do direito inaceitável”.

Com base em valores fundamentais como, por exemplo, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a legalidade, caminha-se sempre – ou, ao menos, deveria caminhar – para a melhor construção da sociedade. Portanto, é possível afirmar que a sociedade evolui com base no Direito, assim como o Direito evolui com base no que se extrai de melhor da sociedade.

Dito isso, faz-se necessário ressaltar que existem diversas formas de superação da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Como título de exemplo, destaca-se a hipótese de *overruling*⁷¹, caso em que a superação é feita pelo próprio Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, pois aqui o estudo se canaliza na possibilidade de superação de decisão firmada em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o estudo delimita-se à análise da reação da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, na hipótese em que essa superação é feita pela via legislativa. Portanto, as demais possibilidades não serão trabalhadas, podendo ser mencionadas, contudo, como hipóteses meramente exemplificativas.

Para melhor compreensão da questão, mostra-se interessante discorrer sobre o modelo da tripartição de Poderes, adotado pela Constituição da República de 1988⁷², que em seu artigo 2º estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁶⁹A mutação constitucional é um exemplo de reforma informal da Constituição, em que se altera apenas o sentido da norma, e não o seu texto, conforme assenta Georg Jellinek. VILELLA, Igor de Araújo. *Dos primeiros estudos alemães sobre a mutação constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37258/dos-primeiros-estudos-alemaes-sobre-a-mutacao-constitucional>>. Acesso em: 24 set. 2018.

⁷⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 301.

⁷¹*Overruling* é a expressão utilizada para o caso em que há a superação de “padrões decisórios”, expressão dada por Alexandre Câmara, em que se realiza a revisão de um entendimento anteriormente fixado, respeitado o princípio do contraditório e com o dever de fundamentação acerca do motivo pelo qual ocorreu a superação. *Ibid.*

⁷²BRASIL, op. cit., nota 1.

2.1. A separação dos poderes e suas respectivas funções

A separação dos poderes é considerada expressamente uma cláusula pétrea, pois há previsão nesse sentido no artigo 60, § 4º, III, da CRFB/88⁷³, ao prever que sequer será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes. Trata-se de uma limitação material ao poder de reforma da Constituição, isto é, um impedimento de que determinadas matérias sejam alteradas e, com isso, conferindo proteção ao desejo primário do constituinte originário.

As bases da existência da teoria da tripartição de Poderes foram vislumbradas na Antiguidade grega, com a existência de três funções distintas, porém exercidas, todas elas, por um único indivíduo, que era o soberano⁷⁴. No entanto, Montesquieu aprimorou essa teoria, separando-a do absolutismo e defendendo que cada uma dessas três funções estaria atrelada a “três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si”⁷⁵.

Salienta-se que não se pretende, no presente trabalho, fazer um estudo aprofundado acerca da separação dos poderes, sequer detalhar o seu histórico, mas apenas mencionar suas ideias centrais para que se consiga realizar uma boa compreensão sobre o tema da pesquisa.

Cabe ressaltar, ainda, que existe uma discussão acerca da nomenclatura da separação de poderes, pois alguns autores, como Pedro Lenza⁷⁶, sinalizam que “o poder é uno, indivisível e indelegável. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se por meio de órgãos que exercem funções”. A função, por sua vez, constitui “um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade”, ao passo que “os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”, conforme sinaliza Celso R. Bastos⁷⁷.

No dicionário, encontra-se o significado de função como sendo “exercício de órgão ou aparelho”⁷⁸. No entanto, de acordo com o apontamento de André Ramos Tavares⁷⁹, além dos vários significados que podem ser atribuídos ao termo, há um que é colocado como sinônimo de poder. Assim, quando se fala em separação de poderes, o conceito do termo “poder” deve ser compreendido no sentido de “órgão”, que exerce suas respectivas funções.

⁷³Ibid.

⁷⁴LENZA, op. cit., p. 531.

⁷⁵Ibid.

⁷⁶Ibid., p. 536.

⁷⁷BASTOS apud Ibid.

⁷⁸BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 2000, p. 374.

⁷⁹TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

Por sua vez, o termo “separação” é criticado por Hans Kelsen⁸⁰, que prefere a terminologia “divisão”, tendo em vista que dessa forma não há como se atribuir erroneamente a ideia de que se pretende uma segregação dos poderes, já que o que se busca é um controle recíproco entre eles.

Portanto, o objetivo da separação dos poderes é garantir um equilíbrio político entre os detentores de poder, afastando a possibilidade de existir uma concentração nas mãos de apenas um indivíduo. Permite-se, assim, uma maior fiscalização das atividades exercidas entre os órgãos, com os *checks and balances*, ou seja, o sistema de freios e contrapesos, que legitima o controle recíproco entre si e afastam o abuso de poder.

Segundo aponta André Ramos Tavares⁸¹, a ideia norteadora da separação de poderes, apontada por Montesquieu, assim como por John Locke, está na ideia de que “o poder tende a corromper-se onde não encontra limites”. Essa separação de poderes consubstancia o Estado Democrático de Direito⁸².

Conforme Tavares⁸³, “a ideia de limitação do poder por meio de mecanismos constitucionais seria uma constante preocupação do constitucionalismo”, pois é imprescindível que o poder, ainda que legítimo, seja limitado, sendo esse o núcleo essencial da separação de poderes. Isso porque no Estado de Direito legalista, admitia-se uma hierarquia das funções, prevalecendo a lei, o que acarretava uma hierarquia dos respectivos órgãos.

Alexandre de Moraes⁸⁴ acrescenta, ainda, a Instituição do Ministério Público como órgão importante para a fiscalização dos direitos fundamentais:

assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

⁸⁰KELSEN apud Ibid., p. 163.

⁸¹TAVARES, op. cit., p. 166.

⁸²O Estado Democrático de Direito visa a garantir o respeito às liberdades civis, observando as liberdades individuais. “O Estado democrático de direito é o espaço social da efetividade das políticas públicas através dos corretos instrumentos de análise. Ele visa primordialmente possibilitar que, no campo da atuação da política, esses valores e necessidades sejam, de algum modo, satisfeitos. E, mais do que isso, reconhecidos como direitos, se incorporem ao exercício da cidadania”. MOTA, Mauricio. *O conceito de Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-conceito-de-estado-democratico-de-direito-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸³TAVARES, op. cit., p. 168.

⁸⁴MORAES, op. cit., p. 377.

Segundo Alexandre de Moraes⁸⁵, o fato de o constituinte elevar o Ministério Público a “defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos” não pode ser deixado de lado pelo intérprete, pois conforme sustenta, essa opção do legislador rege um dos princípios basilares da teoria dos freios e contrapesos.

O Poder Legislativo em âmbito federal é bicameral, ou seja, exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, conforme prevê o artigo 44 da Constituição da República⁸⁶. Já em âmbito estadual, distrital e municipal, o Legislativo é unicameral, composto apenas pela Assembleia Legislativa no primeiro caso, pela Câmara dos Vereadores ou Câmara Municipal, no segundo caso, e pela Câmara Legislativa, no terceiro e último caso. Vale ressaltar que se existisse, atualmente, Territórios, o Legislativo seria exercido pela Câmara Territorial, conforme indica o artigo 33, § 3º da CRFB/88⁸⁷.

Cada Poder tem uma função típica, mas também desempenha funções atípicas. O Poder Legislativo exerce a sua função típica de legislar, ou seja, editar normas gerais e abstratas, mas também possui a função atípica executiva e a função atípica judicial. Como exemplo de funções atípicas, pode ser mencionada a disposição, pelo Legislativo, sobre sua organização interna e provimento de cargos, o que compreende a função atípica de administrar, ao passo que a função atípica de julgar é vislumbrada quando faz o julgamento do Presidente da República, por crime de responsabilidade⁸⁸.

O Poder Executivo, por sua vez, exerce a função típica executiva/administrativa, mas também pode exercer as funções atípicas legiferante e judicial, ao adotar medida provisória com força de lei, no primeiro caso, bem como ao julgar recursos administrativos, no segundo. Já o Poder Judiciário exerce a sua função típica jurisdicional e pode exercer, ainda, as funções atípicas de natureza legislativa, ao editar o regimento interno do tribunal, ou de natureza executiva/administrativa, concedendo férias aos magistrados⁸⁹.

Não é a intenção do presente trabalho pormenorizar especificamente a estrutura interna de cada órgão, mas sim discorrer brevemente sobre a noção de cada um, alertando para o fato de que os poderes exercem funções típicas de outros poderes, o que quer dizer, portanto, que exercem funções atípicas. Assim foi feito, para que se torne possível a melhor compreensão do objeto da pesquisa.

⁸⁵Ibid.

⁸⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸⁷Ibid.

⁸⁸MORAES, op. cit., p. 379.

⁸⁹LENZA, op. cit., p. 535.

Vale destacar que uma separação absoluta de poderes é inadmissível, segundo André Ramos Tavares⁹⁰, pois não haveria uma harmonia entre eles, mas sim uma luta acirrada. Logo, deve ser destacada a ideia de Kurland⁹¹, que observa que o sistema de freios e contrapesos, não o de separação, deveria ser aplicado por duas ou mais agências governamentais antes de uma ação ser validada.

Portanto, resta asseverar que uma vez verificado que o objetivo principal da separação de poderes não é segrega-los, mas sim dar a cada um a possibilidade de fiscalizar um ao outro, afastando, com isso, o abuso de poder de um sobre o outro, tem-se como consequência que a justiça constitucional, no exercício de sua função de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, não estaria violando a separação de poderes, segundo defende Kelsen⁹². O mesmo é possível dizer acerca da atividade do Poder Legislativo, ao editar uma lei contrária ao que fora decidido pela Corte Suprema, caso em que também não estaria desrespeitando a citada cláusula pétrea, já que, conforme visto, a decisão do Judiciário não vincula o Legislativo e este estaria exercendo uma atividade típica.

2.2. Diferenças entre precedentes, jurisprudência e súmula: uma crítica ao termo “superção jurisprudencial”

Antes de adentrar a questão principal do presente capítulo, deve ser feita uma pequena diferenciação entre precedentes, jurisprudência e súmulas. Não se pretende exaurir o tema, mas apenas pincelar brevemente sobre a matéria, tendo em vista que o objeto da presente pesquisa trata a respeito da reversão jurisprudencial, isto é, do ativismo congressional em reação a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, é importante mencionar que, conforme aponta Alexandre Câmara⁹³, as decisões com caráter vinculante dos Tribunais, também chamadas por ele de “padrões decisórios”, é muito usada como fonte do Direito nos modelos de *common law*, vigente em países como Estados Unidos da América, Canadá, Inglaterra, Austrália, entre outros, mas cada vez mais tem sido utilizadas também no modelo do *civil law*, como é o caso do Brasil, Alemanha, França e Itália.

⁹⁰TAVARES, op. cit., p. 169.

⁹¹“Checks and balances [...] not separations, of two or more governmental agencies before action could be validated – or the oversight of one by another”. (“Não separação, de duas ou mais agências governamentais antes que a ação pudesse ser validada – ou a inadvertência de uma pela outra”). KURLAND apud Ibid.

⁹²KELSEN apud Ibid, p. 170.

⁹³CÂMARA, op. cit., p. 9.

Common law é o direito comum de um país formado pelos costumes locais, onde normalmente ocorre um sistema de rígido respeito aos precedentes, chamado de doutrina do *stare decisis*, que é “a regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais ficam vinculados aos precedentes”⁹⁴. Assim, uma vez decidida uma questão pelo Tribunal, os demais órgãos, ao se depararem com uma lide com fatos semelhantes, devem decidir da mesma forma que o Tribunal decidiu anteriormente.

Essa vinculação aos precedentes não decorreu da lei, mas sim dos costumes decorrentes da atuação dos órgãos jurisdicionais, conforme aponta Câmara⁹⁵. Entretanto, como o Direito não deve ser imutável, admite-se a técnica da superação dos precedentes, chamado de *overruling*. Segundo Câmara⁹⁶, o “sistema de vinculação a precedentes no *common law*, não obstante assegure estabilidade, não é rígido a ponto de tornar o Direito inflexível”.

Já o modelo do *civil law*, adotado pelo Brasil, que teve grande influência pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico, além de ter como principal inspiração o Código Napoleônico (Código Civil francês de 1804), tem na legislação escrita a sua principal fonte do Direito. Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro admite a aplicação do sistema dos precedentes, pois como afirma Marinoni⁹⁷, este não é exclusivo do modelo do *common law*, apesar de muitas vezes essa ideia ser falsamente propagada.

Cabe mencionar que no Direito brasileiro se reconhece tanto a eficácia vinculante quanto a eficácia meramente persuasiva dos precedentes judiciais advindos do tribunal de superposição que, no caso, é o Supremo Tribunal Federal ou, em alguns casos, também dos Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, conforme sinaliza Alexandre Câmara⁹⁸.

Na Alemanha, segundo Robert Alexy⁹⁹, define-se precedentes como sendo “qualquer decisão prévia possivelmente relevante para um caso presente a ser decidido (...) pressupõe algum tipo de vinculatividade”. Contudo, os precedentes não tem caráter formalmente vinculante, apenas possuindo esse atributo as decisões da Corte Federal alemã, o que não impede que sejam considerados traços de vinculatividade em respeito ao princípio da proteção da confiança¹⁰⁰.

⁹⁴Ibid., p. 14-15.

⁹⁵Ibid., p. 19.

⁹⁶Ibid., p. 21-22.

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁹⁸CÂMARA, op. cit., p. 30.

⁹⁹ALEXY; DREIER apud Ibid.

¹⁰⁰Ibid., p. 33.

Já na França, “o termo precedente nunca indica uma decisão vinculante”¹⁰¹, mas tem dois sentidos: um, de caráter forte, em que se aplica facultativamente uma decisão anterior da corte superior utilizando-a como argumento de autoridade ou, ainda, de caráter fraco, em que uma decisão anterior de qualquer Corte, superior ou inferior, serve como modelo em razão da observância da igualdade perante a lei. Os franceses não veem a jurisprudência como uma fonte do Direito, pois para eles isso afetaria a separação dos poderes, razão pela qual afastam da sua doutrina o modelo do *stare decisis*¹⁰², mas veem os precedentes como “argumentos ilustrativos para *ratio decidendi* de um caso pendente”¹⁰³.

Bustamante¹⁰⁴ faz a diferenciação entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos, assim como ocorre no Direito brasileiro. Nesse sentido, Câmara¹⁰⁵ ressalta:

há, no Direito brasileiro, padrões decisórios dotados de eficácia vinculante (porque construídos por meio de um procedimento desenvolvido em participação ampliada e formados por decisões judiciais produzidas por verdadeiras deliberações dialogadas por órgãos jurisdicionais que as prolatam, dotados de fundamentação especialmente completa) e padrões decisórios meramente persuasivos (em que essas características não terão sido – ao menos necessariamente – observadas)”.

Por sua vez, no Direito italiano, o precedente não tem eficácia vinculante, mas meramente persuasivo – salvo os que são proferidos pela Corte Constitucional declarando uma lei inconstitucional¹⁰⁶ – tendo em vista que não atua como fonte do Direito, já que os juízes devem respeito ao princípio da legalidade, ou seja, observância à lei formal¹⁰⁷. O termo precedente pode ser utilizado de forma ampla, significando “qualquer decisão prévia possivelmente relevante para um caso a ser decidido”¹⁰⁸ ou ainda de forma mais estrita, quando a decisão prévia trata da mesma matéria jurídica.

Segundo Câmara¹⁰⁹, o sentido mais apropriado que se atribui ao termo precedente, na Itália, é o que entende a expressão como uma decisão significativa que provavelmente influenciará na decisão de um litígio posterior. Há ainda outra acepção do termo, entendendo como precedente uma decisão totalmente nova de um tema novo no Direito ou de uma nova maneira de se julgar a matéria.

¹⁰¹Ibid., p. 38.

¹⁰²Ibid., p. 39-40.

¹⁰³Ibid., p. 41.

¹⁰⁴BUSTAMANTE apud Ibid.

¹⁰⁵Ibid.

¹⁰⁶Ibid., p. 46.

¹⁰⁷Ibid., p. 43-44.

¹⁰⁸Ibid., p. 45.

¹⁰⁹Ibid.

Cabe ressaltar que Alexandre Câmara indica que a nomenclatura correta, em vez de sistemas jurídicos, deve ser tradições jurídicas¹¹⁰ do *civil law* e do *common law*, uma vez que tradições são construídas com base na cultura da sociedade e na concepção acerca do papel do Direito sobre ela.

Importa mencionar, ainda, que Câmara¹¹¹ sustenta que “não obstante a adoção de institutos que tem origem no Direito anglo-saxônico, o Brasil não abandonou sua tradição de *civil law* para passar a integrar-se ao *common law* (ou mesmo para passar a adotar um sistema híbrido, uma espécie de *civil law* commonizado)”. Uma prova de que o Direito brasileiro não se afastou da tradição do *civil law* é o fato de que, para adotar eficácia vinculante aos precedentes, foi necessária uma disposição expressa em lei nesse sentido. O que ocorreu, portanto, foi um intercâmbio entre as tradições, com uma influência horizontal do *common law*¹¹².

Feita essa sucinta explanação acerca das tradições jurídicas e de onde surgiu a relevância dos padrões decisórios judiciais, passa-se agora a realizar a distinção entre os termos no Direito brasileiro.

É possível concluir que padrões decisórios vinculativos, segundo Câmara¹¹³, é o gênero do qual são espécies: precedentes vinculantes e enunciados de súmula vinculante – de jurisprudência dominante.

Após a EC 45/2004, a súmula vinculante surge para interpretar norma que tenha controvérsia atual entre órgãos judiciais, ou entre esses e a Administração Pública, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre a mesma questão. A súmula vinculante, como o próprio nome declara, tem eficácia vinculante contra os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, das esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Importante ressaltar, inicialmente, que a jurisprudência sempre foi adotada como fonte do Direito no sistema jurídico brasileiro¹¹⁴. Há que se diferenciar, portanto, os conceitos de jurisprudência e precedente.

Câmara¹¹⁵ aponta que existe uma diferença quantitativa e uma qualitativa. Há diferença quantitativa, pois “quando se fala em precedente, faz-se referência a uma só decisão, relativa a um caso particular”, ao passo que, “quando se trata de jurisprudência se faz

¹¹⁰Ibid., p. 53.

¹¹¹Ibid., p. 56.

¹¹²Ibid., p. 60.

¹¹³Ibid., p. 125.

¹¹⁴Ibid., p. 121.

¹¹⁵Ibid.

alusão a uma pluralidade, bastante ampla, de decisões relativas a vários e diferentes casos concretos”.

Há também uma diferença qualitativa, uma vez que o “precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos, em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”, e a jurisprudência, por sua vez, “não se emprega a análise comparativa dos fatos (...) mas se identifica uma norma, que é apresentada como enunciado de caráter genérico”.

À época do Código de Processo Civil de 1939, discutia-se a respeito da jurisprudência uniforme. De acordo com Seabra Fagundes¹¹⁶, “está firmada a jurisprudência uniforme quando constatada a sucessão de vários julgados concordes e subscritos por maioria estável”. Já Pontes de Miranda¹¹⁷ entendia que “por uniformidade havemos de entender uma série de julgados no mesmo sentido, não sendo bastante um só [...]”.

Segundo Miguel Reale¹¹⁸, a jurisprudência “não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência”. Portanto, a jurisprudência é tratada como fonte do Direito uma vez que ela é fruto de interpretação da norma jurídica no exercício da atividade jurisdicional dos juízes, feita reiteradas vezes.

Na égide do Código de Processo Civil de 1973, foi utilizada a expressão jurisprudência dominante em vários dispositivos, como no artigo 120, parágrafo único; 543-A, § 3º, entre outros¹¹⁹. Atualmente, no Código de Processo Civil de 2015, há alusão a precedentes e a jurisprudência, indicando que não só a jurisprudência é uma das fontes do Direito, mas também o precedente deve ser tratado da mesma forma, como aponta Alexandre Câmara¹²⁰.

Por sua vez, para Maria Helena Diniz¹²¹, a jurisprudência é “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas”.

Cabe destacar que, de acordo com esses conceitos acerca do que é jurisprudência, dados pela doutrina brasileira, conforme exposto acima, deve ser feita uma crítica a respeito da expressão “reversão jurisprudencial” ou “reversão legislativa da jurisprudência” quando

¹¹⁶FAGUNDES apud Ibid., p. 124.

¹¹⁷MIRANDA apud Ibid.

¹¹⁸REALE apud Ibid., p. 128.

¹¹⁹Ibid., p. 124-125.

¹²⁰Ibid., p. 125.

¹²¹DINIZ apud Ibid.

for tratar de hipótese de reação legislativa sobre decisão que declara inconstitucional uma lei ou ato normativo.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pode proferir apenas uma decisão de inconstitucionalidade e esta única decisão de mérito terá os efeitos tratados pelo artigo 102, § 2º, da Constituição da República¹²² e pelo artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99¹²³, ou seja, efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário – exceto a própria Corte Superior – e à Administração Pública federal, estadual e municipal, bem como eficácia *erga omnes*.

Assim, tendo em vista que a jurisprudência é o conjunto de diversas decisões proferidas pelos tribunais no mesmo sentido, isso é, guardando relação harmônica e consensual quando dizem respeito a um mesmo tema, não se deve falar em reversão jurisprudencial quando se tratar de reação às decisões proferidas no bojo do controle de constitucionalidade, pois nesse caso não se trata efetivamente de jurisprudência, no sentido técnico.

À luz do estudo de Alexandre Câmara¹²⁴, conclui-se que o tecnicamente correto seria falar em reversão de decisão com eficácia formalmente vinculante, pelo Poder Legislativo, tendo em vista que, na presente pesquisa, procura-se focar na superação da decisão do STF de inconstitucionalidade pelo ativismo congressional.

2.3. A superação do entendimento constitucional

Inicialmente, importante ressaltar que superação jurisprudencial é como se fosse o gênero quando se fala em alteração da jurisprudência. No entanto, cabe esclarecer que, apesar de ter sido analisado acima as diferenças técnicas entre os termos precedentes, jurisprudência e súmula, concluindo-se que o correto seria falar em superação de padrões decisórios, como gênero, ou superação do entendimento de inconstitucionalidade do STF, o termo difundido é superação jurisprudencial, ou superação da jurisprudência.

Existem algumas formas de superar uma decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia formalmente vinculante. Pode ser citado, como exemplo, a superação feita pelo próprio Poder Judiciário, na hipótese em que o mesmo tribunal que firmou uma tese jurídica em incidente de resolução de demandas repetitivas procede à sua

¹²²BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²³Idem, op. cit., nota 31.

¹²⁴CÂMARA, op. cit., p. 301.

revisão, conforme artigo 986 do Código de Processo Civil de 2015¹²⁵; ou, ainda, quando a superação é feita pelo Supremo Tribunal Federal em relação a algum enunciado de súmula vinculante, para que se evite o engessamento da interpretação constitucional, desde que haja nova argumentação à matéria sumulada¹²⁶.

É possível, ainda, que o Supremo Tribunal Federal supere um entendimento firmado em controle concentrado de constitucionalidade, já que o efeito vinculante se dá em relação aos demais órgãos do Judiciário, e não ao próprio Tribunal, conforme prevê o artigo 102, §2º, da CRBF/88¹²⁷. Para isso, alerta Gilmar Mendes¹²⁸ que essa mudança deve ser em decorrência de uma crítica ao entendimento anterior, de forma que explicita e “justifique a mudança”. Segundo ele, “quem se dispõe a enfrentar um precedente, fica duplamente onerado pelo dever de justificar-se”.

Vale ressaltar que essa possibilidade foi apreciada no julgamento da Reclamação 437/PE, em que foi reconhecido ser possível a revisão de entendimento anteriormente fixado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que as decisões estão sempre submetidas a um “processo hermenêutico de reinterpretação”¹²⁹. Isso é admitido, no entanto, nos casos em que se verifique alguma modificação substancial do ordenamento, com mudanças fáticas ou jurídicas, que acarretem uma alteração de entendimento, passando do inconstitucional ao constitucional ou vice-versa.

De acordo com Dierle Nunes e Marina Carvalho Freitas¹³⁰, “não se pode legitimar um sistema de precedentes no qual seja inviabilizada aos interessados, ao menos, a possibilidade técnica de superação de precedentes”, uma vez que não se pode tornar o Direito estático e imutável, “na medida em que precisa acompanhar a evolução das relações sociais, os desenvolvimentos socioculturais e as novas ideias que vão surgir na sociedade”, conforme Délio Mota de Oliveira Júnior¹³¹.

Ainda segundo Dierle Nunes e Marina Freitas¹³², “ao passo em que um sistema de precedente deve almejar a formação de decisões do modo mais dialógico possível, o

¹²⁵BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

¹²⁶CÂMARA, op. cit., p. 308-309.

¹²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²⁸MENDES apud CÂMARA, op. cit., p. 302.

¹²⁹Ibid., p. 307.

¹³⁰NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. *O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

¹³¹OLIVEIRA JÚNIOR apud Ibid.

¹³²Ibid.

precedente não deve viabilizar um dogma incontroverso que permite aplicação passiva e mecânica". Para eles¹³³:

duas técnicas são de essencial importância em um ordenamento que pretenda sistematizar precedentes: a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*). Ao passo em que a distinção se refere à análise mediante contra-analogia das peculiaridades fáticas entre o caso a ser decidido e o caso paradigma, que se prestam a afastar o precedente e a conferir tratamento diferenciado ao que lhe foi dado, a superação se refere às modificações normativas ou sociais acerca da matéria, que impactam o próprio precedente formado, demandando a sua releitura por não mais se coadunar com a realidade jurídica ou social. Sendo assim, enquanto na distinção, o afastamento do precedente se dá apenas por se tratar de direito não aplicável ao caso concreto, de modo que a técnica possa ser aplicada por qualquer órgão julgador (ainda que de hierarquia inferior àquele que elaborou o precedente). Já na superação, por se tratar da "derrubada" de um precedente firmado, pode ser feita pelo parlamento (mediante alteração legislativa), pela própria corte que o proferiu ou por corte hierarquicamente superior.

Portanto, a superação do precedente, da jurisprudência ou dos padrões decisórios, como forma genérica tecnicamente correta à luz da interpretação do estudo de Alexandre Câmara¹³⁴, pode ser feita até mesmo pelo Parlamento, hipótese em que o Congresso Nacional promoverá uma alteração legislativa do entendimento firmado em sede judicial.

Feitas essas explanações, imperioso se faz ressaltar mais detalhadamente a possibilidade de a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade ser superada pela via legislativa, sendo objeto de estudo do tópico seguinte.

2.3.1. Reação legislativa e reversão da jurisprudência: o ativismo congressual e o efeito *backlash*

O tema do presente estudo é conhecido como superação legislativa da jurisprudência ou reação legislativa, ou seja, reversão, em forma de ativismo congressual, que pode ser ocasionado pelo efeito *backlash*.

Importa, todavia, indicar o que se entende por reação legislativa, destacando a diferença entre reação e reversão. No dicionário, a palavra reação vem com o significado de “ato de reagir; ação oposta à outra; resistência”¹³⁵, ao passo que a palavra reversão vem acompanhada do significado de “volta ao primeiro estado”¹³⁶.

¹³³Ibid.

¹³⁴CÂMARA, op. cit., p. 308-309.

¹³⁵BUENO, op. cit., p. 653.

¹³⁶Ibid., p. 681.

Esses significados semânticos já induzem à resposta sobre a diferença entre uma reação jurisprudencial para a reversão jurisprudencial. Aquela é a resistência e a oposição ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Esta, por sua vez, é o efetivo retorno ao *status quo ante*, ou seja, quando a situação atual é revertida para a que vigorava anteriormente.

Nesse estudo, a superação jurisprudencial será tratada como reversão legislativa, uma vez que o trabalho é pautado na análise da atuação do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, atuando em sua função típica legiferante, ou seja, editando leis e emendas constitucionais com o fito de reverter a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade à situação anterior.

Em outras palavras, será analisado o ativismo congressional em reação ao entendimento firmado pelo STF em controle concentrado, em que se declara a inconstitucionalidade de uma lei e, posteriormente, o Congresso Nacional atua em reação à manifestação do Tribunal, editando lei ou emenda constitucional que reverte a situação, definindo ser novamente legal ou constitucional, a depender do caso, o que fora declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, prevê uma regra que, a partir da sua entrada em vigor, derrubará a posição firmada pelo órgão de maior hierarquia do Poder Judiciário e passará a reger toda a sociedade.

Em primeiro lugar, é imperioso ressaltar que, conforme já mencionado anteriormente, o efeito vinculante da decisão em controle concentrado de constitucionalidade não se estende ao Poder Legislativo, por expressa previsão constitucional e legal, no artigo 102, §2º, da CRFB/88¹³⁷ e no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99¹³⁸. Ademais, o Direito não pode ser engessado, isto é, não se pode permitir que um entendimento proferido judicialmente seja eternizado, sem que haja meios para superá-lo.

Por essa razão, é possível que o Congresso Nacional, no exercício da sua função típica legiferante, edite lei ou emenda constitucional com o mesmo conteúdo daquela que foi objeto de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sendo declarada inconstitucional. A essa reação do Congresso Nacional se dá o nome de ativismo congressional.

De acordo com Márcio Cavalcante¹³⁹, “o ativismo congressional consiste na participação mais efetiva e intensa do Congresso Nacional nos assuntos constitucionais”. Ou

¹³⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³⁸Idem, op. cit., nota 31.

¹³⁹CAVALCANTE, Márcio. *Superação legislativa da jurisprudência*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

seja, quando o Parlamento se sente insatisfeito em relação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, ele adota uma postura mais atuante, promovendo a edição de uma nova regra que volte a permitir a vigência no ordenamento jurídico daquela hipótese rechaçada pelo Judiciário, revertendo a jurisprudência por meio de seu ativismo.

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁴⁰, essa reação do Poder Legislativo à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando feita por meio de lei ordinária, também pode ser chamada de mutação constitucional pela via legislativa. Conforme entende:

haverá mutação constitucional pela via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercendo o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo.

Importa esclarecer de forma breve que mutação constitucional é uma forma de alteração informal da Constituição, em que todos os Poderes são legitimados, revelando-se como sendo uma manifestação do poder constituído, também conhecido como poder constituinte difuso, conforme denominado por Georges Burdeau, citado por Uadi Lamêgo Bulos¹⁴¹ no trecho que se segue:

com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um poder constituinte difuso que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação meios difusos, para demarcar as mudanças realizadas fora do exercício do instituído poder reformador. De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais. Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, mas sem vulnerar-lhes o conteúdo expresso, e são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

Cumprido ressaltar que mutação constitucional é, portanto, uma forma de alteração informal da Constituição, uma vez que altera o sentido da norma constitucional, e não o texto em si. Isso ocorre porque dentre as possibilidades de interpretação, o legislador escolhe uma das hipóteses válidas, no caso da mutação realizada pelo Poder Legislativo.

¹⁴⁰BARROSO apud LENZA, op. cit., p. 1401.

¹⁴¹BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

Essa alternativa é diferente da reforma constitucional, que é realizada por meio de um processo formal de alteração da Constituição, como é o caso das emendas constitucionais, possibilidade prevista formalmente pela Constituição da República – artigo 60 da CRFB/88¹⁴² – feita pelo poder constituinte derivado reformador¹⁴³. Esta também é uma forma de reversão legislativa em que se supera uma decisão da Corte Constitucional.

De acordo com a manifestação proferida pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105¹⁴⁴, proposta pelo Partido Solidariedade no Distrito Federal, a reversão legislativa realizada por meio de emenda constitucional confere um caráter de maior deferência por parte do Tribunal Constitucional, pois somente poderia ser invalidada no caso de violação a alguma cláusula pétreia insculpida no artigo 60 da CRFB/88. Nas exatas palavras da ementa: “emendas constitucionais desafiadoras da jurisprudência reclamam maior deferência por parte do Tribunal, podendo ser invalidadas somente nas hipóteses de ultraje aos limites insculpidos no art. 60, CRFB/88”.

Já em relação à reversão jurisprudencial pela via legislativa ordinária, Luiz Fux ressaltou que as “leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência da Corte (leis *in your face*) nascem com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, notadamente quando a decisão ancorar-se em cláusulas superconstitucionais (cláusulas pétreas)”¹⁴⁵.

Para ele, uma vez que a lei ordinária encontra-se hierarquicamente abaixo da emenda constitucional, as balizas para declaração de inconstitucionalidade são mais flexíveis. Isso porque necessitam de maioria simples de votos para a sua aprovação, conforme artigo 47 da CRFB/88¹⁴⁶, ao passo em que a emenda constitucional precisa de um quórum qualificado, com aprovação de três quintos dos votos dos parlamentares, em dois turnos, por cada Casa Legislativa, conforme artigo 60, §2º, da CRFB/88¹⁴⁷, tendo esta natureza constitucional, tornando-se muito mais estreita a possibilidade de invalidação.

¹⁴²BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴³Segundo José Afonso da Silva, “a Constituição, como se vê, conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão constituído o poder de emendar a Constituição. Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar em competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 64-65.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.105*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

¹⁴⁵Ibid.

¹⁴⁶Idem, op. cit., nota 1.

¹⁴⁷Ibid.

Ainda segundo o seu raciocínio¹⁴⁸, o legislador, para modificar a decisão, tem o ônus de demonstrar que o precedente deve ser corrigido ou que os pressupostos fáticos ou axiológicos que embasaram a decisão não são mais os mesmos, sendo esta a hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, já citada acima.

Data venia, não parece soar correto a afirmação de que uma lei poderia nascer com presunção relativa de inconstitucionalidade, tendo em vista que, à luz dos estudos acerca da interpretação constitucional, encontra-se dentre os princípios específicos o da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público.

De acordo com Camila Novaes Lopes¹⁴⁹, “todo ato normativo – oriundo, em geral, do Poder Legislativo - presume-se constitucional até prova em contrário. Uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de presunção relativa (ou *iuris tantum*) de constitucionalidade”. Continua, citando Luís Roberto Barroso¹⁵⁰:

a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

Dessa forma, feita de forma breve a crítica a respeito da presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, por defender que a presunção relativa continua sendo de constitucionalidade, quem tem o ônus de comprovar que o ato normativo é inconstitucional e que, portanto, deve ser invalidada, é quem alega. O legislador, ao editar uma lei, ainda que contrária à posição da Suprema Corte, está no seu exercício típico de legislar, lembrando que ele não se submete ao efeito vinculante da decisão que declara a inconstitucionalidade em uma ação constitucional, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, não deveria ser ele quem precisasse justificar as mudanças fáticas ou axiológicas para que a lei possa prosseguir no sistema jurídico validamente.

Prosseguindo na questão do ativismo congressional, cabe ressaltar que ele pode derivar de uma rejeição política à interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal ou, também, de

¹⁴⁸Ibid.

¹⁴⁹LOPES, Camila Novaes. *Controle de Constitucionalidade (princípios norteadores)*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

¹⁵⁰BARROSO apud Ibid.

debates feitos pela opinião pública, que se mostrem em contrariedade à decisão e, com isso, dão suporte ao ato normativo declarado inconstitucional. Trata-se do chamado efeito *backlash*.

Cabe salientar que o termo *backlash* é utilizado no Direito Constitucional norte-americano para se referir à reação da sociedade contra as decisões polêmicas, que ainda não tem uma opinião política consolidada em meio à população, proferidas pela Suprema Corte, e que por isso geram resistência e desaprovação social¹⁵¹.

Em geral, o efeito *backlash* ocorre quando a Corte profere uma decisão conferindo direitos fundamentais a uma classe ou grupo e a população mais conservadora se revolta, reagindo ao entendimento do Tribunal, reivindicando normas mais severas por parte dos legisladores, com o intuito de reverter a decisão que implementou direitos fundamentais. No entanto, nada impede que a lógica seja ao contrário, ou seja, que a legislação seja mais liberal sobre determinado assunto e a jurisdição constitucional seja mais conservadora.

Nas palavras de Rodrigo Marinho e Julia Martins, o *backlash* é uma “reação social e ou política a decisões judiciais - em especial, as decisões de Tribunais Constitucionais - em temas considerados sensíveis e a respeito dos quais há marcante controvérsia, no escopo de conservar o estado anterior sobre o tema atingido”¹⁵².

Vale ressaltar, ainda, que o efeito *backlash*, segundo Marinho e Martins, está intimamente ligado à ideia de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição, proposta por Peter Häberle, que desloca o foco da teoria da interpretação constitucional para os participantes do processo de interpretação”¹⁵³. Para Häberle, no processo de interpretação das normas constitucionais, “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição”¹⁵⁴. A interpretação é pluralista e democrática.

Häberle desenvolveu a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, que preconiza a cooperação e a integração, de forma a democratizar a interpretação constitucional, descaracterizando o Estado como estrutura fechada na soberania nacional¹⁵⁵.

¹⁵¹VARGAS, Denise. *A jurisdição constitucional frente ao backlash*. Disponível em: <<https://denisevargas.jusbrasil.com.br/artigos/121936166/a-jurisdiacao-constitucional-frente-ao-backlash>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

¹⁵²MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Julia Parreiras. *Os Poderes Judiciário e Legislativo no caso da Vaquejada: “Efeito Backlash”*. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_vol1_2018_artigo01.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹⁵³HÄBERLE apud Ibid.

¹⁵⁴Ibid.

¹⁵⁵HOURLANI, Jamila. *O Estado Constitucional Cooperativo à luz da internacionalização dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47367/o-estado-constitucional-cooperativo-a-luz-da-internacionalizacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Para Häberle¹⁵⁶:

povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional.

Assim, Marinho e Martins conceituam o efeito *backlash* como uma “manifestação concreta da sociedade aberta de intérpretes da constituição, e dos diálogos institucionais-sociais entre diferentes instituições (Tribunais, Legislativo, etc.) e a sociedade (teorias dialógicas)”¹⁵⁷. Os autores destacam que, de acordo com Robert Post e Reva Siegel, “o fenômeno do *backlash* é apontado como exemplo, por excelência, de diálogo social. Manifesta-se na forma de resistência político-jurídica”¹⁵⁸.

Segundo Michael Klarman¹⁵⁹, “decisões judiciais sobre questões que geram massiva resistência possivelmente acarretarão retrocessos”, uma vez que a consequência é o Poder Legislativo editar normas que impeçam a aplicação de direitos ao grupo ao qual foram concedidos, pela decisão do Judiciário. Isso porque uma postura mais liberal adotada pelo Supremo Tribunal Federal tem contribuído para o crescimento do conservadorismo. Com isso, para ele, a jurisdição constitucional não seria o meio mais eficiente para implementar direitos.

Nesse sentido, conforme entende Klarman¹⁶⁰, o melhor seria deixar a questão, ainda polêmica, ser amadurecida pela sociedade, sem que seja dada nenhuma resposta jurisdicional durante esse tempo, adotando o Judiciário uma postura de autocontenção¹⁶¹ em matérias mais sensíveis às opiniões políticas. Isso faz com que não se corra o risco de a decisão jurisdicional acarretar o contrário do que se espera, ou seja, um retrocesso.

¹⁵⁶HÄBERLE apud Ibid.

¹⁵⁷MARINHO; MARTINS, op. cit.

¹⁵⁸POST, Robert; SIEGEL, Reva apud Ibid.

¹⁵⁹KLARMAN apud MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

¹⁶⁰Ibid.

¹⁶¹Autocontenção judicial é a postura mais contida que o Judiciário adota ao não analisar questões politicamente controvertidas e sensíveis à opinião pública, em contraposição ao ativismo judicial, que é exatamente o contrário. Neste caso, o Judiciário, por meio de suas decisões, buscando efetivar direitos fundamentais, extrai todas as interpretações possíveis do texto constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso, a autocontenção “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”, ao passo que o ativismo judicial confere uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. *Do ativismo judicial à autocontenção: o exemplo norte-americano*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

George Marmelstein¹⁶² analisa a lógica do desencadeamento do efeito *backlash* ao ativismo judicial, a seguir exposto:

(1) em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Ainda segundo George Marmelstein¹⁶³, mesmo gerando resultados que, conforme ele, são indesejados, o efeito *backlash* faz parte do jogo democrático e isso não impede que seja feita uma nova análise jurídica acerca da validade constitucional da norma aprovada pelo parlamento.

No próximo tópico do presente trabalho serão citados alguns exemplos do efeito *backlash* como forma de clarear a forma pela qual o instituto ocorre, levando-se em conta precedentes do Direito Comparado, como nos Estados Unidos da América, bem como no Brasil.

2.4. Alguns exemplos práticos do efeito *backlash* no Direito Comparado e no Brasil

Marmelstein¹⁶⁴ narra um precedente emblemático sobre o efeito *backlash* nos Estados Unidos. No caso *Furman v. Georgia*, a Suprema Corte estadunidense julgou, por um placar de cinco a quatro, que a pena de morte não seria compatível com a oitava emenda da Constituição norte-americana, tendo em vista que ela proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns.

Ocorre que essa postura mais liberal tomada na decisão da Suprema Corte fortaleceu um grupo conservador, fazendo com que, nas eleições seguintes, fosse eleito de forma

¹⁶²MARMELSTEIN, op. cit.

¹⁶³Ibid.

¹⁶⁴Ibid.

massiva, conquistando cargos políticos diversos com o discurso de defesa do endurecimento da legislação penal. Com isso, em 1976, em decorrência da mudança no cenário político, a Suprema Corte passou a adotar a posição de que a pena de morte seria compatível com a oitava emenda da Constituição estadunidense, permitindo, assim, que os estados continuassem a aplicar a pena de morte nos casos de crimes mais graves.

Essa tentativa de acabar com a pena de morte, feita por meio do Poder Judiciário, acabou por gerar um efeito contrário ao que era inicialmente desejado, pois provocou um efeito colateral, ocasionando reações populares ao abrandamento da lei penal promovida pela Suprema Corte, que por sua vez gerou a alteração da política, com a eleição daqueles que defendiam a aplicabilidade da lei penal mais severa.

Esse é um exemplo em que o efeito *backlash* gerou prejuízo ao grupo beneficiado pela decisão judicial. Porém, segundo Marmelstein¹⁶⁵, o seu efeito não é sempre negativo, defendendo que o mero risco à reação conservadora não justifica o abandono do Judiciário para debater questões de implementação de direitos.

Marmelstein chama de “efeito *backlash* do efeito *backlash*”¹⁶⁶ o caso que gerou um resultado positivo, ocorrido em 2003, no julgamento pela Suprema Corte sobre a invalidez jurídica de qualquer discriminação entre casais homossexuais e heterossexuais, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*. Isso porque, apesar de a decisão liberal ter desencadeado reações conservadoras, com discursos contrários aos direitos dos homossexuais, com a posterior aprovação de leis ou emendas negando direitos como o do casamento, o caso permitiu um desdobramento atuante e positivo em relação à causa gay. Com uma maior compreensão do tema, foi possível observar uma grande mudança na opinião da sociedade, possibilitando que, no caso *Obergefell v. Hodges*, fosse reconhecido o direito ao casamento dos homossexuais com a invalidação de normas em sentido contrário, o que dessa vez teve uma aprovação muito mais ampla.

No Brasil, a ocorrência do efeito *backlash* às decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se dá em decorrência do maior protagonismo do Poder Judiciário, que se envolve em questões politicamente sensíveis, buscando dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais elencados na Carta Maior de 1988.

Embora esse tema esbarre na questão atinente ao ativismo judicial, que é a forma mais intensa da atuação do Poder Judiciário nas questões relativas à efetivação de direitos das

¹⁶⁵Ibid.

¹⁶⁶Ibid.

minorias, em que muitas vezes interferindo no espaço de atuação dos demais poderes¹⁶⁷, esse assunto não será tratado no presente estudo, pois desencadearia uma série de reflexões que não são objeto deste trabalho.

No entanto, convém mencionar que o Supremo Tribunal Federal exerce um papel contramajoritário¹⁶⁸, pois é o garantidor da Constituição, passando a assumir o controle dos abusos das maiorias a fim de defender direitos das minorias. Nesse sentido¹⁶⁹:

essa característica é peculiarmente desenvolvida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, considerando que ao proferir uma decisão tendente a expurgar do ordenamento jurídico uma lei, a qual resultou da deliberação do Poder Legislativo, incompatível com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal está interferindo claramente no processo político. Em síntese, ao invalidar a posição do poder legiferante, o STF está constringendo a atuação das maiorias eventuais e, por conseguinte, assegurando a intangibilidade das disposições constitucionais.

Segundo George Marmelstein¹⁷⁰, “a cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tenta-se, na via política, aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial”. Ele cita como exemplo o caso em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à união estável homoafetiva, fazendo com que na via política tenha crescido as vozes favoráveis ao Estatuto da Família¹⁷¹, com a finalidade de restringir esses direitos.

¹⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁶⁸Sobre o papel contramajoritário do Poder Judiciário, o STF o exerce ao invalidar atos dos demais Poderes, em nome da Constituição e dos direitos fundamentais. “Ainda que a tese encontre pensamentos refratários, possivelmente por confundirem investidura em poder estatal como sempre decorrente de eleição ou sufrágio, por isso mesmo como representação da maioria, assim como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, pode-se sustentar com razoável tranqüilidade a legitimação democrática – que nem por isso representa qualquer seguro contra mazelas – e a importância para a democracia participativa do papel contramajoritário do Poder Judiciário e com especial relevância do Supremo Tribunal Federal”. SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹⁶⁹SOUZA, Clarissa Abrantes. *O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁷⁰MARMELSTEIN, op. cit.

¹⁷¹O Estatuto da Família é um projeto de lei proposto pelo Deputado Federal Anderson Ferreira do PR-PE, em que busca definir a unidade familiar como entidade formada por homem e mulher, a fim de promover políticas públicas para valorização do núcleo familiar. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761>. Acesso em: 06 dez. 2018. Até a presente data ele se encontra na Comissão da Câmara dos Deputados, conforme consulta realizada. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6583-13-estatuto-da-familia>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

Ademais, há também o projeto do Estatuto do Nascituro¹⁷², em decorrência da reação manifestada à decisão favorável acerca da interrupção terapêutica da gravidez e da realização de estudos e pesquisas com células-tronco, com o objetivo de proibir absolutamente essas hipóteses.

O efeito *backlash* ocorre, portanto, como reação às decisões judiciais que buscam efetivar direitos fundamentais, provocando insatisfação à sociedade e ao legislador, fazendo com que se promova a reversão do entendimento, com a aprovação de nova norma apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico, com interpretação contrária à realizada pela Suprema Corte.

Dito isso, imperioso analisar se algum dos Poderes tem o domínio para dar a palavra final acerca do sentido de uma norma constitucional, explorando, com isso, a questão dos diálogos constitucionais e do entendimento e harmonia entre os Poderes, especialmente, entre o Legislativo e o Judiciário, conforme será feito no próximo capítulo.

¹⁷²O Estatuto do Nascituro é um projeto de lei proposto pelos Deputados Federais Luiz Bassuma do PT-BA e Miguel Martini do PHS-MG, em que busca, basicamente, conceituar nascituro como o ser humano concebido, mas ainda não nascido, e estabelecer direitos e crimes contra a sua integridade, com a justificativa de que países como Estados Unidos e Itália já promulgaram leis com proteção integral ao nascituro e que estaria em consonância com o Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>. Acesso em: 06 dez. 2018.

3. QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO?

Inicialmente, para a melhor compreensão do estudo, convém esclarecer de forma breve os seguintes conceitos: monopólio judicial, supremacia judicial e judicialização. De acordo com Rodrigo Brandão¹⁷³, “monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (...), enquanto a supremacia judicial admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última”. Quanto à supremacia judicial, Brandão¹⁷⁴ a divide em duas acepções, isto é, supremacia judicial formal e supremacia judicial material, conforme trecho a seguir:

formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial.

Importa ainda ressaltar que a judicialização é, segundo Luís Roberto Barroso¹⁷⁵, “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”. Segundo ele, quando uma norma constitucional permite que se deduza uma pretensão, ao juiz cabe conhecer, quando provocado. A judicialização permite que questões politicamente relevantes sejam decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelos órgãos políticos tradicionais, como o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

De acordo com Barroso¹⁷⁶, a judicialização possui algumas causas que são por ele analisadas. A primeira é a redemocratização do Brasil, que tem como marco a Constituição da República de 1988. Para ele, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”¹⁷⁷. Há ainda a segunda causa que, segundo Barroso¹⁷⁸, é a constitucionalização abrangente. Com isso, diversas questões políticas, que antes seriam resguardadas ao processo político majoritário, acabam sendo constitucionalizadas, ou seja, trazidas para o texto constitucional. Para ele,

¹⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

¹⁷⁴ Ibid., p. 16.

¹⁷⁵ BARROSO, op. cit., nota 154.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

“constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”¹⁷⁹. Assim, isso faz com que a matéria seja transformada em uma pretensão, e como toda pretensão jurídica, pode ser demandada judicialmente. A terceira causa da judicialização, analisada por Barroso¹⁸⁰, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que faz com que o Supremo Tribunal Federal se manifeste e decida questões políticas e socialmente relevantes.

Cabe ressaltar que, em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal julga e decide porque é provocado para isso. Barroso¹⁸¹ frisa que o Tribunal julga nos limites dos pedidos formulados e em consonância com o desenho institucional que vigora no país.

Nesse diapasão, é possível concatenar a judicialização das questões políticas e sociais ao efeito *backlash*. Isso porque, conforme visto no capítulo anterior, a superação jurisprudencial pelo ativismo congressional ocorre quando o Poder Legislativo fica insatisfeito com o que foi decidido pela Suprema Corte e busca, por meio de emenda constitucional, constitucionalizar a matéria no sentido contrário ao que o Supremo Tribunal Federal decidiu, superando sua jurisprudência e passando a permitir, novamente, dessa vez com efeito constitucional, a norma anteriormente declarada inconstitucional.

Assim, imperioso se faz ressaltar que muitas vezes essas decisões são fruto da atuação da Suprema Corte nos limites fixados pela própria Carta Constitucional, em que se aplicam os poderes que por ela foram conferidos ao órgão máximo do Judiciário. Portanto, não se trata necessariamente de uma decisão proferida no exercício de um exacerbado ativismo judicial – “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance¹⁸²” – mas sim de uma decisão legítima, seguindo as regras e os contornos determinados pela Constituição.

Retornando ao estudo do Brandão¹⁸³, verifica-se que, segundo ele, os departamentalistas¹⁸⁴ negam que haja apenas um intérprete final da Constituição, ao contrário

¹⁷⁹Ibid.

¹⁸⁰Ibid.

¹⁸¹Ibid.

¹⁸²FERREIRA, Aldemar Anderson Gondim. *Ativismo Judicial. Uma importante ferramenta na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57118/ativismo-judicial>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

¹⁸³BRANDÃO, op. cit., p. 18.

¹⁸⁴Para os prógonos da doutrina departamentalista, “as interpretações do órgão supremo do Judiciário podem ser persuasivas ou adequadas, mas a Corte superior não tem nenhuma especial autoridade institucional para dizer o que é a Constituição. O Judiciário é apenas uma dentre várias instituições democráticas que buscam o alcance exato da Constituição, mas as outras instituições não estão, de forma alguma, vinculadas à leitura constitucional por ele realizada”. NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Separação de Poderes: o Judiciário fala por último?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI268246,31047-Separacao+de+Poderes+O+Judiciario+fala+por+ultimo>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

do que entendem os simpáticos à supremacia judicial, chamados de doutrina jurídica¹⁸⁵. Isso porque, para aqueles, “cada poder tem igual autoridade para interpretar a Constituição”.

É interessante destacar que Brandão¹⁸⁶ indica duas variações da teoria departamentalista. Uma em que se defende a supremacia departamental, em que cada Poder detém autoridade para dar a palavra final acerca da interpretação sobre um subsistema constitucional; outra em que se justifica a interpretação coordenada, em que advoga que cada Poder é igualmente capaz de interpretar normas constitucionais, de forma que a interpretação da Constituição é fruto de uma interação entre os Poderes.

Esta última tem a sua forma de expressar a igualdade interpretativa de acordo com o que pensa cada adepto de sua concepção. Conforme destaca Brandão¹⁸⁷ acerca desses entendimentos:

(i) Paulsen sustenta a não obrigatoriedade das decisões judiciais aos “poderes” que com ela não concordem, (ii) Greene postula que as decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte produzam apenas efeitos *inter partes* (e não *erga omnes* ou vinculantes), de maneira a autorizar os demais “poderes” a seguirem a sua própria interpretação da Constituição em casos futuros, (iii) Baker defende a possibilidade de o Parlamento aprovar lei ordinária idêntica à declarada inconstitucional ou contrária à interpretação constitucional da Suprema Corte (*legislative override*).

Rodrigo Brandão¹⁸⁸ ressalta o risco de o Judiciário atuar substituindo o poder constituinte quando do exercício da interpretação de normas constitucionais, com suas decisões se sobrepondo à eficácia do contido no texto constitucional, que será tratado no próximo tópico.

3.1. A expansão do papel do Poder Judiciário pós Constituição de 1988: supremacia judicial?

Conforme analisa Brandão¹⁸⁹, já que as decisões em controle abstrato ou as que tenham se convertido em súmula vinculante possuem eficácia vinculante e *erga omnes*, impedindo que os demais órgãos do Judiciário ou da Administração Pública afastem a aplicação da decisão ou interpretação em sentido contrário, seria uma eficácia mais forte do

¹⁸⁵Ibid.

¹⁸⁶BRANDÃO, op. cit.

¹⁸⁷Ibid., p. 19.

¹⁸⁸Ibid., p. 23.

¹⁸⁹Ibid.

que a própria lei, tendo em vista que esta pode ser afastada no caso concreto se o juiz vislumbrar eventual inconstitucionalidade.

Brandão¹⁹⁰ afirma ainda que a autoridade para dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição não é absoluta nem estável, na medida em que a questão não foi solucionada nem por um processo histórico e sequer pelo texto constitucional.

Ocorre que o Poder Judiciário se expandiu de forma significativa nas últimas décadas e, dentre as razões para essa ascensão, se destacam as teorias conceitualistas e as funcionalistas. As conceitualistas entendem que “a expansão do Judiciário é decorrência da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, do surgimento de uma cultura de direitos”¹⁹¹. Uma variação dessa teoria conceitualista entende que a judicialização é uma medida necessária à limitação do poder, partindo da ideia da enorme queda da confiança nos governos e no Estado, preocupando-se em limitar as discricionariedades legislativa e administrativa e a promover instrumentos de fiscalização recíproca¹⁹². A democracia passa a ser entendida como democracia constitucional, pois deve ser observado o respeito aos direitos das minorias.

Por sua vez, a teoria dos funcionalistas afirma que a judicialização é em decorrência de uma questão estrutural do ordenamento jurídico, pois o federalismo e os mecanismos de separação de poderes estimula a expansão do Poder Judiciário, uma vez que ele deverá atuar de forma imparcial ao solucionar os conflitos entre os demais Poderes¹⁹³.

Deve-se ressaltar que não há que se falar em supremacia judicial no Brasil antes de 1988. Isso porque a Constituição era tão somente um “instrumento de organização do Estado (...), já que as normas que transcendiam esse conteúdo específico tinham o seu sentido concreto determinado pelos poderes políticos, sobretudo através de leis, decretos-lei e atos administrativos”¹⁹⁴.

Em relação ao Poder Judiciário no Brasil pós 1988, com o crescimento da noção da supremacia da Constituição, em decorrência de uma maior participação popular no processo constituinte, nota-se a expansão do papel político do Judiciário, tendo em vista a “noção de que a Constituição é norma jurídica, aplicável judicialmente e dotada de imperatividade”¹⁹⁵.

¹⁹⁰Idem, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 32.

¹⁹¹Ibid., p. 86.

¹⁹²Ibid., p. 86-87.

¹⁹³Ibid.

¹⁹⁴Ibid., p. 147.

¹⁹⁵Ibid., p. 175.

Ademais, discorre Brandão que “diante da existência de um cenário político bastante favorável à expansão do controle de constitucionalidade, a ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988 refletiu, com nitidez, essa tendência”¹⁹⁶ e, sobretudo, beneficiou o Supremo Tribunal Federal, com a atribuição de decisões com efeito vinculante.

A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal revela um viés juriscêntrico, uma vez que interliga a interpretação constitucional à atividade judicial, desconsiderando a interpretação constitucional feita fora das Cortes. Isso ocorre também devido ao neoconstitucionalismo¹⁹⁷, em que a Corte Suprema aplica em seus julgados princípios constitucionais, utilizando-se de argumentos não estritamente jurídicos e de métodos mais fluidos de raciocínio¹⁹⁸.

De fato, verifica-se que a expansão do papel do Poder Judiciário, principalmente pós Constituição de 1988, a partir da democracia constitucional, tem relação direta com a ideia de supremacia judicial. Sobretudo porque a própria Carta Magna traz em seu texto, no *caput* do artigo 102¹⁹⁹, a previsão de que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição ao estabelecer o controle de constitucionalidade.

Com isso, portanto, é que começou a ocorrer inúmeras reações às decisões da Suprema Corte pelo Poder Legislativo. Muitas vezes a própria lei ou emenda constitucional que supera a decisão, revertendo à situação anterior, é novamente declarada inconstitucional. Assim, a discussão acerca de quem tem a última palavra sobre o sentido da Constituição começou a se fortificar.

Conforme assinala Rodrigo Brandão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.860, “afirmou a tese de que a regra construída pela Corte, a partir da interpretação de um princípio constitucional, só pode ser revertida pelo Congresso Nacional através de emenda constitucional (supremacia judicial em sentido estrito)”²⁰⁰.

¹⁹⁶Ibid., p. 176-177.

¹⁹⁷“O neoconstitucionalismo, desenvolvido no período após a 2ª Grande Guerra, mudou substancialmente a visão e a aplicação do direito constitucional nos países que adotam a Democracia como forma de organização política, e colocou a Constituição em posição de destaque dentro do ordenamento jurídico vigente, fazendo valer a sua supremacia e a força vinculativa de suas normas em relação às demais normas”. CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. *A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

¹⁹⁸BRANDÃO, op. cit., p. 219-220.

¹⁹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰⁰BRANDÃO, op. cit., p. 222.

Assevera ainda que, combinando a profundidade com a amplitude das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois as suas interpretações resultam de questões técnicas, morais e políticas controvertidas, além de servir como solução para outros casos similares, que não apenas aquele no bojo do qual se decide a questão, já que possuem efeitos *erga omnes*, o resultado é de uma “potencial supremacia do Judiciário – e, em particular, do STF – em relação aos demais Poderes (supremacia judicial em sentido amplo)”²⁰¹.

Com isso, Brandão salienta que, nesse quadro, a consequência seria que o Supremo Tribunal Federal “dominaria o sentido indeterminado da Constituição, substituindo-se às instituições que historicamente exerceram esta função”²⁰², como a Igreja, o Monarca, o Presidente ou o Parlamento.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal possui a função de dar a última palavra em relação à interpretação da Constituição no âmbito do Poder Judiciário. Isso não significa dizer, contudo, que o Poder Legislativo não tenha também a idoneidade de interpretar o texto constitucional.

Conforme entende Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁰³, não se mostra prudente atribuir a um único órgão a possibilidade de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Deve haver a possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, tendo como objetivo a ideia do diálogo em detrimento da visão mais tradicional, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a última palavra.

Como já foi exposto em momento anterior, o fato de a decisão da Suprema Corte em matéria constitucional ser insuscetível de invalidação pelos órgãos políticos, não obsta que o Legislativo edite uma nova lei com o mesmo conteúdo que fora declarado inconstitucional. Entretanto, é bastante provável que esta nova lei seja novamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, é possível também que a Corte reflita sobre os argumentos apresentados pelo Parlamento ou sobre os aspectos debatidos pela opinião pública e modifique o seu entendimento, aceitando a constitucionalidade da lei, principalmente se houver ocorrido mudança na composição de seus ministros, pois neste caso a opinião pessoal do magistrado diante do caso *sub judice* é diferente um do outro, ocasionando diferentes conclusões no Plenário.

²⁰¹Ibid.

²⁰²Ibid., p. 223.

²⁰³SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405.

A supremacia judicial tem como base forte a crença de que o Judiciário possui uma capacidade institucional superior à capacidade do Legislativo para interpretar o sentido das normas constitucionais. Brandão²⁰⁴ destaca os principais argumentos dessa natureza, são eles:

maior propensão de o Judiciário (i) proteger “minorias insulares” do processo majoritário; (ii) zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito; (iii) preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição em face de maiorias transitórias que logrem aprovar leis; (iv) garantir o respeito ao Estado de Direito; (v) ser um Guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento; (vi) promover um processo deliberativo guiado pela razão, e não pelas pressões de política partidária, circunstância que lhe conferiria uma representação argumentativa do povo.

Diante da independência judicial, da vinculação do magistrado ao direito para decidir o caso concreto, bem como da sua *expertise*, o Judiciário parece estar em uma posição de mais habilitado para aplicação de direitos fundamentais²⁰⁵.

A grande questão que se apresenta atualmente é a necessidade de os Poderes realmente se comunicarem entre si, respeitando o princípio constitucional da separação dos poderes, mas de fato efetivando a relação harmônica que deve existir, com um verdadeiro exercício de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário, conforme será analisado a seguir.

3.2. A teoria dos Diálogos Constitucionais

Inicialmente, cabe salientar que em matérias de alta complexidade, como é o caso dos assuntos que envolvam a moral e a ciência, a Corte pode se deparar com “falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável e irremediável, fatores que aumentam bastante os custos da decisão e de erro”, o que recomenda maior cautela e humildade, segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule, citados por Rodrigo Brandão²⁰⁶.

Seguindo a lógica desses autores, Brandão²⁰⁷ aponta que uma postura maximalista²⁰⁸ de decisão em face de matérias complexas aumentaria de forma significativa a possibilidade de erro e acarretaria uma grande dificuldade de correção, mormente em regimes de

²⁰⁴BRANDÃO, op. cit., p. 248-249.

²⁰⁵Ibid., p. 250-251.

²⁰⁶SUNSTEIN apud Ibid., p. 227.

²⁰⁷Ibid.

²⁰⁸Decisão maximalista é aquela que “resolve casos difíceis segundo razões amplas e profundas sobre questões políticas, morais, filosóficas, antropológicas, biológicas e econômicas altamente controvertidas”. A amplitude diz respeito ao fato de os juízes maximalistas não se limitarem a usar as razões necessárias à resolução do caso concreto em análise, se mostrando inclinados a construir teorizações que deduzam regras para casos futuros, estabelecendo parâmetros. Já a profundidade significa propensão a considerações abstratas e teorizadas sobre questões complexas e controvertidas. Ibid., p. 202.

supremacia judicial, pois nesse caso a interpretação constitucional somente seria superada por nova decisão da Corte ou por uma emenda constitucional. Nas palavras de Brandão²⁰⁹:

mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controvertida fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

A desconsideração da capacidade institucional – capacidade das instituições existentes e dos agentes públicos reais, que levam à indagação acerca de como cada instituição, com suas respectivas habilidades e limitações, devem proceder à interpretação dos dispositivos legais – e dos efeitos sistêmicos – isto é, as consequências da interpretação constitucional –, faz com que seja dada uma visão muito romântica acerca das capacidades judiciais. As teorias mais tradicionais enxergam como se os juízes tivessem todo o tempo e conhecimento necessários para construir a interpretação correta, ainda que sobre questões complexas²¹⁰.

Contudo, estando o intérprete consciente de que possui limitações de tempo e de conhecimento, bem como do elevado risco de erro na decisão atinente à questão complexa, tomará uma decisão segundo razões rasas e estreitas. A primeira – rasas – porque juízes minimalistas preferirão optar por entendimentos mais modestos e amplamente compartilhados em detrimento de os controvertidos; a segunda – estreitas –, pois preferirão decidir o caso concreto, não se preocupando em construir teorias abrangentes para casos variados²¹¹.

O minimalismo de Sunstein “advoga uma postura mais deferente do Judiciário, especialmente em questões controversas de ordem moral e política, nas quais as decisões a ser tomadas podem ensejar o aumento daquelas”²¹². Por isso, a Suprema Corte deve utilizar virtudes passivas, conforme nominou Alexandre Bickel²¹³, que “consistem no bom uso da prudência, da sensibilidade política e do silêncio”²¹⁴. Assim, há situações em que a Suprema Corte poderá demorar mais tempo para decidir, devido à convulsão social. Dessa forma, “o

²⁰⁹Ibid., p. 227-228.

²¹⁰Ibid., p. 229.

²¹¹Ibid.

²¹²CHUEIRI, Vera Karam; MACEDO, José Arthur Castillo. *Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-123.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

²¹³BICKEL apud Ibid.

²¹⁴Ibid.

tempo da tomada de decisão pode fazer toda a diferença para a sua qualidade e autoridade futura”²¹⁵.

Cabe ressaltar que Sunstein não defende esse minimalismo para toda e qualquer interpretação, uma vez que reconhece que é possível optar por uma decisão maximalista se houver confiança dos juízes sobre o acerto da decisão, proteção da democracia e redução do custo de decisões futuras²¹⁶. De toda forma, defende o minimalismo nos casos complexos, cujas circunstâncias sejam mutáveis, “por reduzir a possibilidade de erro e de consequências não antecipadas (afastando-se postura messiânica do Judiciário em prol de maior humildade e cautela dos juízes)”²¹⁷, bem como “por seguir um modelo de decisão experimental e flexível, mais adequado a uma realidade sujeita permanentemente a mudanças”²¹⁸ e, ainda, “por conciliar estabilidade social com respeito à visão do outro, na medida em que reluta a recorrer a princípios controvertidos”²¹⁹.

Em sentido oposto, Chueiri e Macedo apontam que Siegel e Post “não menosprezam o fato de que, em alguns casos, é mais prudente evitar o conflito. Todavia, ainda que o conflito constitucional seja custoso, reconhecem as funções sociais construtivas que tem o desacordo social”²²⁰.

Importa mencionar de forma breve que Waldron critica o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e o seu consequente poder de invalidar leis, pois defende a supremacia parlamentar e uma Constituição flexível, “em que a justiça dos atos legislativos dependerá da virtude cívica dos cidadãos e dos seus representantes, somente admitindo mecanismos que não tenham natureza contramajoritária”²²¹. Para ele, se todos os mecanismos de escolhas sociais sujeitam-se a resultados injustos, deve-se escolher o democrático que, segundo ele, é o da deliberação majoritária, em que o povo se sujeita aos seus próprios erros e cada um tem direito à igual participação no processo político²²².

Outra crítica que vale destacar é a do Mark Tushnet, que demonstra interesse em formas alternativas de controle de constitucionalidade, de forma a torna-lo mais fraco, uma vez que da possibilidade de os juízes declararem uma lei inconstitucional – *judicial review* – não decorre, necessariamente, a última palavra – supremacia judicial. Esse modelo, para ele, propiciaria um útil diálogo entre os poderes políticos e o Judiciário sobre o sentido a ser

²¹⁵Ibid.

²¹⁶SUNSTAIN apud op. cit.

²¹⁷Ibid.

²¹⁸Ibid.

²¹⁹Ibid.

²²⁰CHUEIRI; MACEDO, op. cit.

²²¹WALDRON apud Ibid., p. 232.

²²²Ibid.

atribuído à Constituição, já que a edição de uma lei contrária à decisão judicial significa simplesmente um desacordo de interpretações entre o Legislativo e o Judiciário, e não um descumprimento da decisão²²³.

No entanto, no Brasil, “acredita-se que o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, têm um papel relevantíssimo na proteção de direitos e no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira”²²⁴. Alerta Brandão que é necessário que se tenha um rigoroso cuidado ao transplantar as críticas institucionais ao sistema brasileiro, pois o resultado poderia ser a sua morte²²⁵.

De acordo com Conrado Hübner Mendes²²⁶, quem defende a supremacia judicial nega a atribuição da última palavra sobre direitos fundamentais ao Parlamento, ainda que reconheça sua importância em uma democracia representativa, pois dá-se ênfase às insuficiências da representação eleitoral, bem como da vontade da maioria. O sistema da supremacia parlamentar poderia acabar colocando em risco a proteção dos direitos das minorias, transumando-se para uma tirania da maioria²²⁷.

Entretanto, a relação entre lei e vontade da maioria não é completamente correta. Isso porque os eleitores não votam em um assunto específico, mas sim em um candidato, com diversas propostas. A lei não necessariamente reflete, portanto, a vontade majoritária, pois ela pode resultar não da vontade clara da maioria, mas de uma questão interna do processo legislativo, como é o caso do poder de agenda, da atribuição de líderes partidários e de questões de ordem²²⁸.

Contudo, Brandão ressalta que não se mostra seguro comparar o juiz Hércules, criado por Dworkin, que goza de todo o tempo e conhecimento necessários para o deslinde da questão, interpreta princípios constitucionais da melhor forma, com um legislador que atua de forma indiferente em relação à Constituição, mostrando-se interessado apenas com as questões que lhe importam²²⁹. Deve-se valer de uma comparação com críticas e vantagens em relação a ambos os Poderes.

Levando-se em conta que o Legislativo possui grande capacidade de coletar informações de diferentes fontes, ponderando diversos interesses, é o ambiente que mais parece apto para solucionar conflitos policêntricos. Diferentemente do Tribunal, em que a

²²³TUSHNET apud Ibid., p. 243.

²²⁴Ibid., p. 248.

²²⁵Ibid.

²²⁶MENDES apud Ibid., p. 251.

²²⁷Ibid.

²²⁸Ibid., p. 252.

²²⁹Ibid., p. 253.

tendência é de se adstringir aos fundamentos apresentados pelas partes no processo, com uma maior dificuldade em observar todas as questões, interesses e implicações que giram ao redor desses conflitos, conforme aponta Conrado Hübner Mendes²³⁰.

O fato é que nem a lei representa com toda certeza a vontade da maioria, nem as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Judiciário são necessariamente contramajoritárias, tendo em vista a dificuldade de o Supremo Tribunal Federal julgar de forma contrária à opinião pública, enfraquecendo a sua força para atuar, deveras, contramajoritariamente²³¹. Esse caráter deve ser analisado empiricamente, conforme constata Barry Friedman²³².

Diante das limitações que pairam sobre o Legislativo e o Judiciário para dar a palavra final, Rodrigo Brandão entende que a teoria dos diálogos deve ser resolvida sabendo que o sentido da Constituição deve ser “resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil”²³³. Isso porque, dessa forma, é reconhecida a falibilidade de todas as instituições políticas, o que não ocorre segundo a doutrina da supremacia judicial ou da supremacia parlamentar²³⁴.

De acordo com Conrado Hübner Mendes²³⁵:

trata-se de aplicação ao debate sobre a interpretação constitucional de certas máximas da sabedoria política: não há procedimento que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor que seja desenhada; de uma determinada concepção de justiça substantiva não advém um desenho institucional.

John Rawls define essa circunstância como “justiça procedimental imperfeita”, que tem como característica o fato de que “embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele”²³⁶. Por sua vez, a “justiça procedimental perfeita” ou pura “se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contando que o procedimento tenha sido corretamente aplicado”²³⁷.

²³⁰MENDES apud Ibid.

²³¹Ibid., p. 255.

²³²FRIEDMAN apud Ibid.

²³³Ibid., p. 256.

²³⁴Ibid.

²³⁵MENDES apud Ibid.

²³⁶RAWLS apud Ibid., p. 257.

²³⁷RAWLS apud Ibid., p. 258.

Brandão realça a importância da democracia deliberativa para harmonizar o desacordo moral e a estabilidade social, com o conceito de Amy Gutmann e Dennis Thompson²³⁸, que consiste em:

forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem discussão futura.

Nota-se que uma característica importante da democracia deliberativa é a provisoriedade dos resultados, uma vez que estão abertos a críticas e reversão²³⁹. A democracia deliberativa não busca transformar o que é desacordo em acordo, mas tem o fito de fazer com que os participantes considerem as perspectivas e visões uns dos outros²⁴⁰. Assim, as preferências das majorias serão substituídas por um processo de reflexão da sociedade, “através de filtros que catalisem o potencial deliberativo do processo democrático”²⁴¹.

Importa observar que o fenômeno recente da judicialização da política implicou uma modificação do modelo da separação de poderes, pois antes vigia um modelo positivista-liberal, em que se tinha uma supremacia do Legislativo sobre os demais Poderes, limitando a atuação do Judiciário e ampliando a do legislador, e uma radical distinção das funções, pois cabia exclusivamente ao legislador criar o direito, competindo ao Judiciário a sua mera aplicação. Também conhecido como modelo de separação de poderes orgânico-funcional, pois buscava-se vedar a acumulação das funções de criação e aplicação do direito em apenas um órgão²⁴².

Atualmente, diante da postura do Judiciário de rever valorações legislativas tomando como base princípios fluidos, não se pode dizer que apenas o Legislativo cria o Direito, pois o papel do Judiciário nessa função tem sido inegável, principalmente pelo fato de que a Suprema Corte produz pronunciamentos com efeitos *erga omnes* e vinculantes, não se limitando a resolver casos pretéritos, mas delimitando resposta sobre a questão constitucional controvertida para que seja seguida em casos futuros²⁴³.

²³⁸GUTMANN; THOMPSON apud Ibid., p. 261.

²³⁹Ibid., p. 262.

²⁴⁰Ibid., p. 263.

²⁴¹Ibid., p. 267.

²⁴²Ibid., p. 269-270.

²⁴³Ibid.

Há instrumentos para que o Legislativo reaja às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – como é o caso da aprovação de uma emenda constitucional, por exemplo –, de modo que o debate sobre o sentido das normas constitucionais não se exaure no Judiciário. Ao contrário, há uma roda contínua entre os Poderes e entre os Poderes com a sociedade, conferindo, assim, *accountability*²⁴⁴ à interpretação judicial das normas constitucionais, já que confere consonância com a opinião pública e com as preferências políticas.

Os modelos dialógicos atualmente não atribuem a função de produtor de normas jurídicas ou políticas públicas com exclusividade a nenhum dos poderes. Estes constituem “fóruns políticos superpostos e diversamente representativos”²⁴⁵. Sua interação e controvérsia pela escolha da norma que regulará certa situação “tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo”²⁴⁶. Assim, verifica-se uma ideia realista das capacidades institucionais de cada Poder, destacando de forma igualitária suas virtudes e fraquezas.

Brandão²⁴⁷ extrai um importante parâmetro para a interpretação e aplicação da Constituição, que é a constatação de que o Judiciário tem “primazia *prima facie*” em questões relativas a direitos fundamentais, ao passo que o Legislativo tem “prioridade *prima facie*” em questões atinentes a políticas públicas. Desse modo, a doutrina dos diálogos constitucionais afirma tão somente o protagonismo dos poderes nas suas respectivas áreas, e não a sua supremacia, enfatizando a importância dos freios e contrapesos.

3.3. Algum Poder tem proeminência sobre o outro na interpretação constitucional?

Rodrigo Brandão²⁴⁸ salienta a inexistência de supremacia judicial em sentido material, ante a dificuldade de implementação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Atenta sobre o risco de as decisões da Corte não produzirem efetivamente efeitos vinculantes e *erga omnes*, pelo fato de existir a tradição de atribuição de efeitos apenas *inter partes*, de forma que os meios para adequação e monitoramento das decisões dos outros

²⁴⁴*Accountability* é a responsividade ao povo, que segundo a sistematização de Robert Justin Lipkin, implica três testes: “(1) *input-accountability*: controle eleitoral sobre a escolha das autoridades públicas; (2) *process-accountability*: possibilidade de o eleitorado comunicar as suas preferências às autoridades durante o processo de decisão; (3) *out-put-accountability*: possibilidade de o eleitorado remover autoridade pública ou alterar as suas decisões, caso não concorde com elas”. LIPKIN apud Ibid., p. 265.

²⁴⁵Ibid., p. 272.

²⁴⁶Ibid., p. 272-273.

²⁴⁷Ibid., p. 275.

²⁴⁸Ibid., p. 327.

Tribunais e da Administração Pública ainda estão em fase inicial, bem como pelo desconhecimento considerável acerca da *ratio decidendi*²⁴⁹ das decisões do STF, decorrente da baixa saliência política, do hermetismo da linguagem, dos votos serem colhidos apenas em relação ao dispositivo e não da fundamentação, e do modelo de decisão não favorecer a objetividade e a clareza²⁵⁰.

Ainda assim, devido à relativa facilidade existente para o processo de emenda constitucional no sistema jurídico brasileiro, estimula-se que a resposta para a maior atuação do Judiciário nas questões de direitos fundamentais seja feita com o ativismo legislativo. Brandão ressalta que “em pouco mais de 20 anos de vigência da Constituição de 1988, já se contabilizou um número expressivo de emendas constitucionais superadoras de decisões de inconstitucionalidade do STF”²⁵¹.

No entanto, devido às dificuldades da superação do processo legislativo, dado o regime de forte fragmentação do poder político – presidencialismo, bicameralismo, federalismo, sistema proporcional por lista aberta, multipartidarismo e controle de constitucionalidade – a aprovação de emendas superadoras das decisões acaba sendo reservada a atores políticos fortes²⁵².

Em seu estudo, Brandão²⁵³ verificou, pela análise da atuação prática do Supremo Tribunal Federal ao proferir decisões contramajoritárias que, por mais que haja atualmente um maior ativismo de sua jurisprudência, quando se trata de questões de relevância política e centralidade à coalizão governamental, a Corte sofre limitações institucionais e, por isso, tende a antecipar as reações a fim de preservar sua legitimidade institucional. Esses instrumentos de reação promovem sintonia entre sua jurisprudência e a opinião pública, principalmente no que tange as questões politicamente sensíveis.

O alinhamento da Corte com a opinião pública faz com que seja conferida a ela *accountability*, “desdramatizando o problema da dificuldade contramajoritária e, sobretudo, afastando a existência de uma supremacia judicial em sentido amplo e material no Direito brasileiro”²⁵⁴. Amplo, que consiste na hiperconstitucionalização e hiperjudicialização das questões políticas, tornando o Judiciário protagonista no deslinde desses conflitos; material,

²⁴⁹ *Ratio decidendi* são os motivos determinantes da decisão, ou seja, a razão de decidir.

²⁵⁰ BRANDÃO, op. cit., p. 333.

²⁵¹ Ibid., p. 334.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Ibid.

que consiste na dificuldade de reversão da interpretação judicial, o que acabaria representando sua definitividade²⁵⁵.

Ocorre que, no que tange os assuntos de menor importância política ou menor visibilidade, que não são monitorados por grupos políticos de peso, o grau de reações às decisões da Suprema Corte torna-se menor, de modo a dar maior espaço para a atuação dos magistrados de forma efetivamente contramajoritária e com maior caráter de perpetuidade²⁵⁶.

O fato de haver maior fragilidade institucional do Poder Judiciário no momento de maior necessidade de sua atuação, que é para a proteção dos direitos das minorias contra os poderes políticos e econômicos, confere a ele uma ótima possibilidade de usufruir do apoio popular que recebe à independência judicial, conforme apontam diversas pesquisas de opinião, segundo verifica Brandão²⁵⁷. Com isso, podem adequar as visões dos demais poderes às visões populares majoritárias.

A doutrina dos diálogos constitucionais preconiza a forte tendência na atualidade a se discutir institucionalmente quem deve ter a última palavra acerca da interpretação do sentido das normas constitucionais, e não mais a discussão sobre como realizar essa interpretação. Essa teoria foi assim denominada na tese de Peter Hogg, Allison Bushell e Roach, no Canadá²⁵⁸.

Brandão²⁵⁹ ressalta que a premissa maior no estudo dos referidos autores é que:

a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade.

Assim, a tese dos diálogos constitucionais vislumbra não uma disputa política sobre quem tem mais poder a ponto de dizer definitivamente o sentido da Constituição, mas sim uma verdadeira cooperação institucional a fim de alcançar, juntos, a melhor interpretação constitucional.

De acordo com o estudo de Hogg e Buschell²⁶⁰, a Carta Canadense de Direitos de 1982 facilita bastante o diálogo, especialmente pela seção 1, que trata da possibilidade de o legislador impor limites aos direitos fundamentais, bem como pela seção 33, que trata da

²⁵⁵Ibid., p. 323.

²⁵⁶Ibid., p. 335.

²⁵⁷Ibid.

²⁵⁸Ibid., p. 336.

²⁵⁹Ibid.

²⁶⁰HOGG, Peter; BUSHELL, Allison apud Ibid., p. 337.

override clause – também chamada de *notwithstanding clause*, isto é, uma permissão para que as legislaturas nacional e provincianas deliberem por maioria ordinária e pelo prazo de 5 anos, sobre a prevalência de suas leis acerca dos direitos de liberdade e igualdade previstos nas Seções 2, 7 e 15 do Charter²⁶¹.

Trata-se de um exemplo de superação pelo Parlamento de decisão judicial constitucional. Apesar de ser tratado como um exemplo positivo para a teoria dos diálogos constitucionais por Hogg e Buschell²⁶², acerca da melhor forma de aplicar os direitos fundamentais, convém mencionar que existem críticas a respeito, por considerar ironicamente mágico como pode uma Constituição permitir que governantes simplesmente ignorem uma seção que prevê especialmente direitos fundamentais²⁶³.

No estudo dos autores citados, o que se considera é que um dos limites à teoria dos diálogos constitucionais é a hipótese em que a Suprema Corte julga como sendo inconstitucional o objetivo perquirido pelo legislador, caso em que restaria ao Parlamento o uso da *override clause*. Isso porque, para eles, utilizar as leis ordinárias como forma de reação legislativa só poderia ser considerado legítimo se a Suprema Corte julgasse que o meio pelo qual o legislador procurou atingir um objetivo válido se mostrou inválido. Contudo, se o objetivo perseguido fosse inconstitucional em si mesmo, segundo a interpretação da Corte, somente seria adequada a alternativa da *override clause* ao Parlamento²⁶⁴. Em outras palavras, se o Parlamento quiser reverter uma decisão que julgou inconstitucional os objetivos de uma lei, o único caminho é a *override clause*; mas se quiser editar lei na mesma linha da interpretação dada pela Corte, poderá se valer da lei ordinária.

Importa ressaltar que essa tese é a chamada teoria dos diálogos constitucionais canadense. Segundo Kent Roach²⁶⁵, que a confirma, a seção n. 1 – leis ordinárias – seria o instrumento por excelência dos diálogos constitucionais no Canadá. Isso porque se admite, ao mesmo tempo, que a lei limite direitos fundamentais e que a Suprema Corte realize um controle sobre a razoabilidade desses limites, de forma que cada um contribui com sua

²⁶¹Ibid., p. 298.

²⁶²Ibid., p. 337.

²⁶³“The notwithstanding clause (section 33 of the Constitution Act) is exactly as strange as it sounds: It’s a magical section of the Canadian constitution that allows provincial governments to simply ignore a key section of the constitution if they don’t like it. (...) What’s most surprising about the clause is that it allows provinces to override what are arguably the most important parts of the constitution: The “fundamental freedoms” and “legal rights” of Canadian citizens”. HOPPER, Tristin. *Can you really just ignore the constitution if you feel like it? Everything you need to know about the notwithstanding clause*. Disponível em: <<https://nationalpost.com/news/canada/what-is-the-notwithstanding-clause>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁶⁴BRANDÃO, op. cit.

²⁶⁵Ibid.

específica capacidade institucional, isto é, a Corte protege direitos de minorias e o Parlamento contribui com sintonia popular e detenção de informações sobre o regulamento estatal.

Brandão²⁶⁶ aponta para a divergência entre as convicções de Hogg e Roach apenas quando o Parlamento não se utiliza da *override clause* para revalidar objetivo de lei declarado inconstitucional pela Suprema Corte, mas sim, quando se utiliza das leis *in your face*²⁶⁷. Nesta hipótese, Hogg defende que a Corte deve analisar com mais anuência a lei editada pelo Parlamento, de forma a dar mais crédito à escolha do legislador ao limitar direitos fundamentais. No entanto, esse não é o entendimento de Roach, que sustenta que a Suprema Corte deve simplesmente realizar um novo controle de constitucionalidade, sem predisposições para um lado ou outro, tendo em vista que o Parlamento continua tendo a possibilidade de realizar a *override clause* e a Corte não pode ter receio de incitá-la²⁶⁸.

A teoria dos diálogos constitucionais, conforme indica Rodrigo Brandão, “reconhece a interpretação constitucional como um processo longo e interativo no qual as instituições contribuem com as suas capacidades específicas e atuam com vistas à mútua acomodação das suas perspectivas”²⁶⁹. Nesse sentido, as leis *in your face* seriam um instrumento para reforçar os objetivos perquiridos pelo legislador e declarados inconstitucionais pela Suprema Corte, hipótese em que se constataria a implantação do sistema de freios e contrapesos, e não da supremacia parlamentar²⁷⁰.

Frederick Schauer e Larry Alexander consideram que “a determinação da instituição política responsável pela última palavra na interpretação constitucional consiste em questão lógica e pré-constitucional de design institucional normativo”²⁷¹, reconhecendo que o que dá base fundamental à adoção da solução pela sociedade é a aceitação do povo, o que confere base empírica, segundo Brandão²⁷², à questão da última palavra na interpretação da Constituição.

Segundo os autores²⁷³, a resolução de desacordos e a obrigatoriedade da executoriedade da decisão é decorrência de uma Constituição escrita, pois deve haver a adoção de uma função estabilizadora. Trata-se de norma com maior hierarquia no sistema

²⁶⁶Ibid., p. 338.

²⁶⁷Leis *in your face* é a expressão para dada para a hipótese em que a legislação infraconstitucional vai de encontro com a interpretação dada pela Corte Constitucional, colidindo frontalmente com a jurisprudência. São “destinadas a fazer prevalecer leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte por nova maioria simples obtida no Parlamento”. Ibid., p. 340.

²⁶⁸Ibid., p. 338.

²⁶⁹Ibid., p. 340.

²⁷⁰Ibid.

²⁷¹SCHAUER; ALEXANDER apud Ibid.

²⁷²Ibid.

²⁷³SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry apud Ibid., p. 341.

jurídico e as questões fundamentais não devem ser tuteladas por maiorias transitórias. Assim, quando a Constituição fica aberta a interpretações diferentes, alguma instituição deve definir o seu sentido, de forma coercitiva, estabilizando a solução jurídica que se proferiu.

Frederick Schauer e Larry Alexander²⁷⁴ defendem a autoridade da Suprema Corte para definir o sentido da Constituição para além dos casos concretos, indo até a fixação de uma orientação vinculante às autoridades dos demais poderes, tendo como fundamento para esse entendimento o insulamento político do Judiciário, a estabilidade decorrente da vinculação aos precedentes, o princípio da inércia e o dever de fundamentação de suas decisões.

Eles defendem que “a necessidade de prover estabilidade ao direito constitucional conferiria às decisões da Suprema Corte rigorosamente a mesma autoridade atribuída às normas constitucionais”²⁷⁵, alegando que se um fato contrário à jurisprudência for praticado por um agente, público ou privado, seria o mesmo que ofender diretamente a Constituição. Nesse sentido, tendo em vista que a Constituição é a norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico, a única solução para preservação de sua obrigatoriedade é conferir aos agentes públicos subordinação às decisões da Suprema Corte²⁷⁶.

Vale ressaltar que, segundo aponta Brandão²⁷⁷:

embora Schauer defenda uma supremacia judicial em sentido estrito, segundo a qual decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte somente poderia ser revertida por emenda constitucional, não sustenta uma supremacia judicial em sentido amplo, na qual o Judiciário gozaria de primazia em detrimento do legislador para concretizar princípios constitucionais abstratos. A seu ver, tal primazia competiria ao Poder Legislativo.

De acordo com o seu entendimento, é o Legislativo que possui maiores possibilidades de promover um debate político, levando-se em conta a opinião pública para decisões acerca de políticas públicas.

Contudo, Brandão²⁷⁸ aponta que mesmo a versão mais modesta da teoria da supremacia judicial defendida por Schauer e Alexander não deve ter aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, segundo seu entendimento, a necessidade de afastamento da supremacia judicial decorre do fato de a Constituição brasileira de 1988 ser analítica, isto é, prevê normas materiais sobre variados assuntos, possui natureza dirigente,

²⁷⁴Ibid., p 342.

²⁷⁵Ibid.

²⁷⁶Ibid.

²⁷⁷Ibid., p. 343.

²⁷⁸Ibid., p. 345.

uma vez que estrutura a organização do Estado e limita o seu poder e, ainda, prevê normas de conteúdo programático, ou seja, que determinam posturas e resultados a serem perseguidos pela ação estatal.

Em contrapartida, também não se mostram adequadas as teses que defendem a igualdade de interpretação entre os órgãos do Estado, sustentadas pelas teorias da construção coordenada, ao admitir a não obediência das decisões judiciais pelos demais Poderes e preconizar os efeitos das decisões da Suprema Corte como *inter partes* e autorizar a sua superação por leis ordinárias²⁷⁹.

Admitir que o Poder Executivo escolha não se submeter à decisão proferida pela Corte Suprema, em decorrência de uma outra interpretação constitucional, significa, conforme Brandão²⁸⁰, “a falência da noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos tuteláveis em juízo contra o poder público”, o que torna o Judiciário incapaz de fazer com que os demais poderes se sujeitem à Constituição, ferindo, com isso, o Estado de Direito.

Nesse sentido, é importante que haja a vinculação dos demais órgãos do Judiciário e do Poder Executivo às decisões constitucionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, devendo ter efeitos *erga omnes* e vinculantes, valendo, portanto, para além das partes do processo.

Se não for assim, há risco de se comprometer a coerência do controle de constitucionalidade brasileiro, formando, como Brandão²⁸¹ afirma, uma “cultura de adjudicação constitucional casuística”, ou seja, em que cada indivíduo perquiria o seu direito individualmente sobre questões constitucionais que deveriam – e devem – ser aplicadas sobre toda a sociedade, o que não se coaduna com os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Entretanto, deve-se atentar para o seguinte: o fato de os demais órgãos do Judiciário e os administrativos não poderem superar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não significa dizer que eles não possuem meios para resignarem-se contra o entendimento firmado pela Corte. Isso porque, como já foi dito, o Poder Legislativo pode editar norma que supere a posição travada na ação constitucional, o que pode ser feito por provocação dos demais órgãos estatais.

²⁷⁹Ibid.

²⁸⁰Ibid., p. 348.

²⁸¹Ibid., p. 349.

Cass Sustain²⁸² destaca que há razões “consequencialistas e epistêmicas” para que a Suprema Corte considere as reações populares promovidas contra as suas decisões, isto é, o *public backlash*.

As consequencialistas advêm da probabilidade de que as decisões em contrariedade à opinião pública podem gerar efeitos indesejados pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a sua não implementação e a polarização do debate político na sociedade. Todavia, quando há sintonia entre a opinião pública e a decisão constitucional, a probabilidade de que a decisão seja implementada é muito maior, sob pena de gerar um alto custo político²⁸³.

As razões epistêmicas, por sua vez, consistem no fato de que é natural que o juiz leve em consideração os aspectos amplamente considerados pela opinião pública, já que deve estar atento à possibilidade de falibilidade de suas decisões, quando houver um desacordo razoável, principalmente, em relação a matérias moralmente controvertidas²⁸⁴.

Deve ser ressaltado que eventual admissão de que o Parlamento supere qualquer decisão constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal por lei ordinária não seria compatível com a previsão de que ele também é limitado à Constituição. Conforme indica Brandão²⁸⁵, esse cenário se aproximaria de uma supremacia parlamentar, tornando-se uma instituição soberana e, assim, ferindo sua vinculação à Lei Maior.

No entanto, sendo possível que a Suprema Corte reveja a nova lei modificadora do seu padrão decisório, realizando novamente um controle de constitucionalidade sobre ela, não se configura a supremacia parlamentar, uma vez que, nesse caso, a superação legislativa da decisão não será a última palavra acerca da questão constitucional²⁸⁶. A rigor, o que será fomentado é o diálogo institucional sobre a matéria.

Além disso, deve ser exigido um procedimento mais rígido para que ocorra essa superação, segundo entendimento de Rodrigo Brandão²⁸⁷, para que não se promova a sua banalização. Com isso, apenas as questões que forem contrárias ao entendimento proferido pelo STF, de maior consenso, é que serão revertidas pelo Parlamento.

Por outro lado, não se pode confundir a competência para realizar controle de constitucionalidade com o conceito de supremacia judicial em sentido material, tendo em vista que da possibilidade de decidir sobre a constitucionalidade de uma norma não decorre a

²⁸²SUSTEIN apud Ibid., p. 350.

²⁸³Ibid., p. 351.

²⁸⁴Ibid., p. 352.

²⁸⁵Ibid., p. 353.

²⁸⁶Ibid.

²⁸⁷Ibid.

afirmação de que essa decisão será imutável. Conforme pontua Brandão²⁸⁸, deve haver “*accountability* das decisões tomadas pelos agentes públicos em um regime democrático” e, além disso, o sistema de freios e contrapesos entre os poderes refuta a possibilidade de existência de uma instituição política soberana.

Conforme Schauer e Alexander²⁸⁹, a deliberação institucional sobre a questão constitucional controversa deve, em algum momento, ser encerrada. Esse entendimento visa a garantir a autoridade dos Poderes e a estabilidade social.

Nesse sentido, há uma clara preocupação quanto à segurança jurídica devida ao jurisdicionado. Isso porque, não obstante se entenda, no presente estudo, que o melhor caminho a ser seguido é o dos diálogos constitucionais, pois assim os Poderes conversam entre si e chegam à melhor conclusão possível naquele determinado momento histórico, não se pode admitir que o debate perdure para sempre. Em algum momento a questão deverá ser encerrada e, o que foi decidido, deverá ser aplicado.

A hipótese de um eterno debate importa em desvalorização da autoridade da decisão constitucional da Suprema Corte, bem como da publicação de norma jurídica pelo Parlamento e, ao final, provoca a desmoralização do princípio constitucional da separação de poderes, que preconiza que os três Poderes devem ser harmônicos entre si, e não vaidosos, ao quererem obter a última palavra sobre todas as questões.

Nas palavras de Rodrigo Brandão²⁹⁰:

é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja “supremo”, mas antes, que cada um dos “poderes” contribua com a sua específica capacidade institucional.

Importa destacar que a separação de poderes tem como grande escopo o equilíbrio de valores, em que se atribui a cada Poder uma função principal, e não uma função exclusiva.

A vantagem da teoria dos diálogos constitucionais é aceitar que cada órgão institucional tem as suas falhas e as suas virtudes e, quando trabalhadas de forma a potencializar o que há de melhor em cada Poder, ocorre a construção de um processo deliberativo de mais qualidade²⁹¹.

²⁸⁸Ibid., p. 354.

²⁸⁹SCHAUER; ALEXANDER apud Ibid.

²⁹⁰Ibid.

²⁹¹Ibid., p. 355-356.

Com isso, é possível vislumbrar que o modelo dos diálogos constitucionais promove mais aptidão ao autogoverno do povo, articulando direitos fundamentais, do que os modelos de supremacia de alguma instituição. Isso porque há diferentes possibilidades de os interessados atuarem de forma mais efetiva, no âmbito do Poder Judiciário ou do Legislativo, bem como há uma intensidade no mecanismo dos freios e contrapesos, além de tornar a concretização das normas constitucionais uma forma interativa²⁹².

3.4. Os diálogos constitucionais no Brasil

Para a teoria da supremacia judicial, a possibilidade de superação das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do sentido das normas constitucionais constitui “uma tirania de maiorias parlamentares”²⁹³, com efeitos prejudiciais aos direitos das minorias. No sentido contrário, a impossibilidade de superação ensejaria um engessamento dos entendimentos constitucionais da Corte, acarretando “um aristocrático governo de juízes”²⁹⁴.

Na visão de Rodrigo Brandão²⁹⁵, as perspectivas tanto da teoria da supremacia judicial quanto da teoria da supremacia parlamentar sugerem visões preconceituosas em relação ao prisma oposto e sectárias a visão de quem se visa privilegiar. No entanto, Brandão²⁹⁶ sustenta que a teoria dos diálogos constitucionais tem grande vantagem, exatamente por extrair os mecanismos de controle recíproco de um poder para o outro, já que o Parlamento possui maior capacidade institucional para concretizar políticas públicas e o Judiciário, por sua vez, para a aplicação de direitos fundamentais. Dessa forma, um poder controla o outro e ambos contribuem, de acordo com a sua capacidade institucional, para a melhor interpretação da Constituição.

No ordenamento jurídico brasileiro, os mecanismos de superação normativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, pelo Poder Legislativo em sua função típica de legislar, se resumem em: emendas constitucionais e leis ordinárias. Entretanto, quanto a possibilidade do cabimento de leis ordinárias superadoras, há polêmica.

²⁹²Ibid.

²⁹³Ibid., p. 364.

²⁹⁴Ibid.

²⁹⁵Ibid.

²⁹⁶Ibid., p. 365.

Conforme aponta Brandão²⁹⁷, “o método típico de superação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional é a aprovação de emenda constitucional”. No entanto, não se deve generalizar a assertiva de que somente as emendas podem reverter de forma frontal as interpretações dadas pelo STF sobre normas constitucionais²⁹⁸.

A crítica que se faz sobre a aceitação de leis ordinárias que superam as decisões de inconstitucionalidade é de que o Congresso Nacional teria poderes absolutos, tendo em vista que a lei estaria interpretando diretamente a Constituição.

Sobre este assunto, é importante ressaltar dois casos em que a lei ordinária superadora de decisão em matéria constitucional foi declarada inconstitucional, por desprezar a supremacia da Constituição e violar, com isso, o Estado Democrático de Direito. São eles: *City of Borne v. Flores*, nos Estados Unidos, e ADI 2.860, no Brasil.

No caso *City of Borne v. Flores*, a Suprema Corte entendeu, seguindo a lógica do raciocínio no caso *Marbury v. Madison*, que “se o sentido da Constituição pudesse ser alterado por lei ordinária, a um só tempo, a Constituição se igualaria, no plano hierárquico, às leis, e a limitação do Legislativo pela Constituição nada mais seria que uma vã tentativa dos constituintes”²⁹⁹.

Já na ADI 2.860 – caso do foro por prerrogativa de função – embora tenha sido declarada a inconstitucionalidade da lei que pretendia substituir a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, houve divergência no que concerne aos fundamentos da decisão.

O relator do processo, Ministro Sepúlveda Pertence, considerou inconstitucional lei editada pelo Congresso Nacional com o fito de atribuir interpretação constitucional diversa da declarada pelo STF. Segundo seu entendimento, haveria vício de inconstitucionalidade formal e material, por subversão da hierarquia normativa – já que lei ordinária não poderia interpretar diretamente a Constituição –, como pela desvinculação do Parlamento à Constituição, respectivamente. Admitiu, entretanto, a aprovação de lei idêntica a que fora declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, já que os efeitos vinculantes da decisão não atingem o Poder Legislativo. Dessa forma, caracteriza-se uma reabertura do debate institucional, entre o Parlamento e o STF³⁰⁰.

O Ministro Eros Grau, por sua vez, considerou possível a edição de lei ordinária superadora da interpretação constitucional dada pelo STF e, todavia, inadmissível a reedição

²⁹⁷Ibid., p. 357.

²⁹⁸Ibid., p. 377.

²⁹⁹Ibid., p. 17.

³⁰⁰Ibid., p. 371-372.

de lei idêntica à declarada inconstitucional. Isso porque, para ele, não admitir que o Legislativo atribua interpretação à norma constitucional é o mesmo que supor, metaforicamente, que os braços dos juízes alcançam os céus. Em suma: para ele, é possível a reversão legislativa de decisão do STF que confira interpretação à Constituição, mas não de decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei³⁰¹.

Já o Ministro Gilmar Mendes³⁰² entendeu que:

tanto leis que veiculem interpretações constitucionais diversas das atribuídas pelo STF, quanto leis idênticas às declaradas inconstitucionais, constituiriam formas distintas de reabrir o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário sobre a melhor forma de concretizar a Constituição.

Assim, não seria possível o STF simplesmente rechaçar essas leis. Deve ser examinado o seu conteúdo, podendo ser mantido o seu entendimento – caso em que, conseqüentemente, o STF declara a inconstitucionalidade das leis –, ou podendo “aderir às novas razões trazidas pelo legislador”³⁰³, aceitando, assim, a sua constitucionalidade.

Brandão³⁰⁴ aduz que, nesse caso, essas leis nasceriam com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que seriam incompatíveis com a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, como já manifestado anteriormente³⁰⁵, o mais adequado é dizer que as leis nascem com presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, e não de inconstitucionalidade.

Vale também constar que há casos, todavia, em que o STF aproveitou a nova lei modificadora de seu entendimento para reinterpretar normas constitucionais, como foi o caso da expressão “funções de magistério”, na ADI 3.772 – que tratou da aposentadoria especial de professores –, em que a nova interpretação³⁰⁶ se coadunou com a visão do legislador ordinário. Assim, a Corte abandonou o entendimento que restringia o alcance da expressão a

³⁰¹Ibid., p. 372.

³⁰²Ibid., p. 371.

³⁰³Ibid., p. 373.

³⁰⁴Ibid.

³⁰⁵Ver páginas 42-43 da presente pesquisa.

³⁰⁶“O STF alterou sua interpretação dos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF/1988, como se vê do seguinte trecho do acórdão: 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”. BRANDÃO, op. cit., p. 373.

atividades estritamente docentes e passou a abranger as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico³⁰⁷.

Brandão³⁰⁸ ressalta que os casos do foro por prerrogativa de função, no Brasil, e o *City of Boerne*, nos Estados Unidos, se assemelham às leis *in your face* canadenses. Isso porque nesses casos, o Legislativo simplesmente reverteu o entendimento judicial mais recente, frontalmente, não buscando convencer o Judiciário por meio de novos fundamentos ou situando a legislação nova em um ponto intermediário. Ademais, segundo a percepção das Cortes, essas leis *in your face* adentraram ao âmbito da sua atuação, pois, no primeiro caso, tratava de matéria sujeita à competência originária do STF e, no segundo, determinava um parâmetro que o Tribunal deveria adotar na atuação do controle de constitucionalidade de leis.

Nessa hipótese, a frontal reversão do entendimento do Supremo Tribunal Federal significaria uma substituição da interpretação constitucional do Judiciário pela do Parlamento, o que afrontaria a independência do Poder Judiciário, com risco de inaugurar uma supremacia parlamentar.

Contudo, assevera Brandão que delimitar a superação dos entendimentos constitucionais judiciais aos meios de difícil implantação seria defender a supremacia judicial material, dando a palavra final ao Supremo Tribunal Federal³⁰⁹. Por isso, embora o STF e a Suprema Corte norte-americana tenham afirmado, quando da decisão dos casos mencionados acima, que o meio próprio para a superação das decisões judiciais seria a emenda constitucional, admite-se que lei ordinária, em algumas hipóteses, tenha o condão de atribuir nova interpretação.

Com isso, o Congresso Nacional trava um meio de comunicação com o STF, implementando as preferências do povo, conferindo *accountability* e a reabertura do processo de interpretação, isto é, do debate acerca do sentido normativo constitucional.

Rodrigo Brandão³¹⁰ destaca que há grandes diferenças entre a “reversão da jurisprudência” por emenda constitucional e a reversão por lei ordinária. Isso porque, a primeira, o que se altera é a Constituição, formalmente – o texto constitucional –, devendo ser analisado apenas se houve violação ao limite do poder de reforma – temporal, circunstancial, formal e material –, estabelecido no artigo 60 da CRFB/88³¹¹. Na segunda, por sua vez, Brandão sustenta que cabe ao Congresso Nacional demonstrar as novas razões que levaram à

³⁰⁷Ibid., p. 374.

³⁰⁸Ibid.

³⁰⁹Ibid. p. 376.

³¹⁰Ibid., p. 379.

³¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.

edição da nova lei, convencendo o STF de que sua orientação está incorreta ou que há novo contexto fático capaz de ensejar uma nova interpretação. Na hipótese de o STF admitir esta opção, ocorrerá a chamada mutação constitucional pela via legislativa.

Verifica-se que se não fosse admitido superar o entendimento constitucional por lei ordinária, estar-se-ia estimulando a “hiperconstitucionalização da política brasileira”³¹², de forma a acrescentar extenso conteúdo material na Lei Maior.

Segundo Brandão³¹³, se o STF declarar a inconstitucionalidade dos objetivos da lei, a superação do seu entendimento deverá ser por meio da aprovação de uma emenda constitucional, sendo possível a edição de lei ordinária para esse fim se o legislador convencer o STF de que há um novo contexto fático ou que sua interpretação anterior está equivocada. Entretanto, se o STF invalidar uma medida adotada pelo legislador, este poderá aprovar lei ordinária substituidora da medida rechaçada pela Corte por outra que tenha compatibilidade com a decisão, atingindo, igualmente, o objetivo do legislador.

Admitir que o Supremo Tribunal Federal faça o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais não significa afirmar que ele é detentor, de fato, da última palavra sobre o sentido da norma constitucional³¹⁴. Como já fora salientado anteriormente, isso se dá, em primeiro lugar, pela não vinculação do Poder Legislativo a decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF – art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99³¹⁵ - podendo o Parlamento reeditar emenda constitucional declarada inválida pela Corte.

Nesse caso, com a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, o ativismo congressual superador desse entendimento deve ser a aprovação de outra emenda constitucional, e não uma lei ordinária. Isso porque a emenda constitucional tem seu processo de aprovação mais rígido, com um quórum qualificado, diferenciado da aprovação da lei ordinária, já que, para a emenda, exige-se a aprovação de três quintos dos respectivos membros, em dois turnos, por cada Casa Legislativa – art. 60, § 2º, da CRFB/88³¹⁶.

Em segundo lugar, não se pode afirmar que o STF é detentor da última palavra do sentido da Constituição, pelo fato de que a Corte deve ter maior cautela ao analisar uma ADI proposta em face de uma emenda constitucional, já que a aprovação de uma futura emenda *in your face*, isto é, com o condão de superar frontalmente a decisão, tem grande possibilidade

³¹²BRANDÃO, op. cit., p. 380.

³¹³Ibid.

³¹⁴Ibid., p. 385.

³¹⁵BRASIL, op. cit., nota 31.

³¹⁶Ibid., nota 1.

de gerar crise institucional³¹⁷. Assim, o Supremo Tribunal Federal torna-se mais reverente ao poder constituinte reformador, invalidando as emendas que forem claramente contrárias à opinião pública e coibindo excessos³¹⁸. Havendo evidente violação constitucional a alguma cláusula pétrea, o STF declara a inconstitucionalidade. No entanto, havendo dúvida, deve o STF respeitar a escolha política do Congresso Nacional, órgão do Poder Legislativo.

Ademais, o STF deve ter neutralidade política ao analisar a (in)constitucionalidade de uma emenda constitucional, tendo como base uma razão pública, que se entende por verdades claras, aceitas ou acessíveis aos cidadãos em geral, fruto de consenso nas doutrinas abrangentes e razoáveis³¹⁹.

³¹⁷BRANDÃO, op. cit., p. 386.

³¹⁸Ibid., p. 387.

³¹⁹Ibid.

4. CASOS CONCRETOS SOBRE O EFEITO *BACKLASH* E A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Diante de todo o estudo feito, necessário se faz a verificação da aplicação prática do instituto, analisando como os Poderes Legislativo e Judiciário estão aplicando a teoria dos diálogos constitucionais e encontrando o equilíbrio entre a melhor capacidade institucional de cada um, para dizer o sentido da norma constitucional.

4.1. Caso Mira Estrela

Inicialmente, mostra-se importante destacar um dos primeiros casos emblemáticos do efeito *backlash* no Brasil, o caso Mira Estrela.

O artigo 29, IV, da CRFB/88³²⁰, em sua redação originária, estabelecia que o número de vereadores dos Municípios deveria ser proporcional ao número populacional respectivo, observados os limites, tanto mínimo, quanto máximo. Previa, portanto, a regra da proporcionalidade, evitando que Municípios menos populosos tivessem mais vereadores do que os Municípios mais populosos³²¹.

Entretanto, a Câmara dos Vereadores do Município de Mira Estrela – São Paulo – interpretou de forma diferente o mencionado dispositivo, de modo que, ao aprovar sua Lei Orgânica Municipal, conferiu discricionariedade na definição do número dos vereadores municipais, respeitados os limites estabelecidos³²².

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar no Recurso Extraordinário nº 197.917, declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum*³²³ da lei local que descumpriu o mandamento constitucional da regra da proporcionalidade em relação ao número de vereadores no Município. Cabe destacar um trecho do acórdão³²⁴:

inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em

³²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³²¹BRANDÃO, op. cit., p. 363.

³²²Ibid., p. 362.

³²³É a causa de pedir, no bojo de uma ação concreta, e não o pedido em si.

³²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Com a redução do número de cargos de vereadores, estimulou-se que forças políticas pressionassem o Congresso Nacional para que este restabelecesse o número de parlamentares municipais, resultando, assim, na aprovação da Emenda Constitucional nº 58/2009, que suprimiu a regra da proporcionalidade do inciso IV do artigo 29 da CRFB/88, fixando limites máximos de vereadores em conformidade com a população municipal. Na prática, essa mudança normativa resultou em um aumento na quantidade total de vereadores, se comparado ao número oriundo da decisão proferida pelo STF³²⁵.

Trata-se de um exemplo concreto de efeito *backlash*, pois da decisão do Supremo Tribunal Federal – nesse caso, em controle difuso – acerca da inconstitucionalidade da norma municipal, adveio uma reação política, instigando um maior ativismo congressional para que se revertesse a decisão, ensejando a aprovação de uma emenda constitucional, a fim de modificar o próprio texto constitucional e, assim, alterar a interpretação do sentido da norma da Constituição.

Contudo, houve repercussão negativa na opinião pública, fazendo com que o Congresso Nacional optasse pela “redução dos repasses orçamentários aos Legislativos municipais, buscando neutralizar o principal foco de crítica”³²⁶.

Ocorre que o Parlamento foi mais longe e previu a retroatividade na criação dos cargos de vereadores, no artigo 3º, I, da EC 58, aprovada em 23 de setembro de 2009, admitindo que a nova redação fosse aplicada ao processo eleitoral do ano de 2008, isto é, antes da aprovação da referida emenda constitucional³²⁷. Destaca-se a redação do art. 3º, I, da EC nº 58³²⁸:

art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:
I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008 [...].

Essa previsão da Emenda Constitucional nº 58/2009 fez com que a Procuradoria-Geral da República ajuizasse uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.307³²⁹ – com

³²⁵BRANDÃO, op. cit.

³²⁶Ibid.

³²⁷Ibid.

³²⁸BRASIL. *Emenda Constitucional nº 58*, de 28 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm#art2>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.307*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4307CL.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

pedido de medida cautelar para suspensão da eficácia do dispositivo destacado acima, por entender que, “da maneira que vem posta, provoca grau de instabilidade institucional absolutamente conflitante com os compromissos democráticos assumidos na Constituição da República”³³⁰.

A possibilidade de retroatividade dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais, para pleito ocorrido e encerrado no processo eleitoral anterior, viola a garantia do pleno exercício da cidadania popular, bem como o princípio da segurança jurídica³³¹. Isso porque “revira procedimento público de decisão, tomada pelo povo em sufrágio, com a inserção intempestiva de novos padrões num modelo rígido de regras fixadas pelo constituinte originário”³³².

Além disso, a retroatividade do aumento do número de cargos de vereadores viola a regra da anualidade eleitoral, uma vez que a Constituição, em seu artigo 16³³³, veda a aplicação de lei aprovada no ano anterior à eleição. Absurdo seria, portanto, aplicar norma aprovada após o pleito³³⁴.

Cabe ainda ressaltar que, no voto da relatora³³⁵, há manifestação no sentido de ser tema pacificado no Supremo Tribunal Federal o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja dispositivo de emenda constitucional. Isso porque a emenda é fruto do poder constituinte derivado, que deve respeitar os limites formais e materiais previstos pela CRFB/88, notadamente no seu artigo 60.

Sua declaração corrobora com o entendimento exposto ao longo do presente estudo, de que é possível que a Corte Constitucional analise a constitucionalidade de norma contida em uma emenda constitucional, fruto de superação jurisprudencial.

No julgamento feito pelo Plenário, a citada ADI 4.307 foi julgada procedente, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora³³⁶. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 3º, I, da EC nº 58/2009, norma que foi fruto de uma reversão legislativa ao entendimento proferido pelo STF na decisão que havia declarado inconstitucional a Lei Orgânica Municipal de Mira Estrela, São Paulo, pois violava a regra da proporcionalidade eleitoral do artigo 29, IV, da CRFB/88.

³³⁰Ibid.

³³¹BRANDÃO, op. cit.

³³²BRASIL, op. cit., nota 312.

³³³Ibid., nota 1.

³³⁴BRANDÃO, op. cit., p. 364.

³³⁵BRASIL, op. cit., nota 329.

³³⁶Ibid.

Cabe destacar um fato percebido por Rodrigo Brandão, da análise do caso acima exposto. Segundo ele, o fato de a EC nº 58/2009 contemplar a redução dos gastos das Câmaras dos Vereadores, que era a crítica popular precípua quanto ao número elevado de vereadores, indica que a primeira decisão do STF teve o potencial de despertar no Parlamento o tema sobre a razoabilidade dos gastos do Poder Legislativo Municipal³³⁷.

Ainda no seu raciocínio, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, I, da EC nº 58/2009 mostrou que, por mais que o STF não tenha conseguido reduzir o número de vereadores nas Câmaras Municipais, o que era de seu melhor entendimento, ao menos reprimiu o abuso legislativo manifestado pelo Congresso Nacional. Dessa forma, preservaram-se os resultados da eleição anterior, homenageando, assim, os princípios constitucionais da anualidade eleitoral, da segurança jurídica e do devido processo legal³³⁸.

O caso Mira Estrela demonstra, portanto, um bom resultado segundo a doutrina dos diálogos constitucionais, tendo em vista que houve um efetivo diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Ambos demonstraram a sua interpretação acerca do melhor alcance da norma constitucional, de acordo com a visão de cada um e, ao final, houve a acomodação entre eles, de forma a ser pacificado o entendimento quanto ao assunto.

Nas palavras de Brandão³³⁹: “a interação entre o STF e o Congresso Nacional contribuiu para a construção de soluções melhores sobre o sentido futuro da Constituição (...) cada instituição contribuiu com a sua específica capacidade”.

Assim, o Congresso Nacional vislumbrou os efeitos práticos ruins da decisão judicial e a superou, ao passo que o Supremo Tribunal Federal, no que lhe concerne, agregou ao diálogo entre os poderes a imprescindibilidade da fidelidade ao texto constitucional e a conceitos jurídico-formais, já que possui um avantajado treinamento jurídico, bem como o dever de fundamentar suas decisões³⁴⁰.

Os diálogos constitucionais, além de inevitáveis, promovem os valores do Estado Democrático de Direito. Isso porque possibilita a integração harmônica entre os Poderes. Portanto, a partir da análise deste caso concreto, foi possível verificar o diálogo constitucional entre Judiciário e Legislativo, a fim de contribuir para a melhor interpretação à norma constitucional.

³³⁷ BRANDÃO, op. cit., p. 369.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Ibid., p. 370.

³⁴⁰ Ibid.

4.2. Caso Vaquejada

Inicialmente, cabe pontuar que a vaquejada é uma prática cultural comum em alguns estados da região nordeste do Brasil, como no Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Bahia³⁴¹.

De acordo com Márcio Cavalcante³⁴², a vaquejada consiste na prática em que dois vaqueiros, montados em seus respectivos cavalos, perseguem o boi na arena, emparelham com o animal e, com o auxílio de seus cavalos, os vaqueiros tentam conduzir o boi até uma região previamente delimitada. Neste local, deverão derrubar o boi, puxando-o pelo rabo, a fim de marcar pontos.

Se o boi, após ser derrubado, ficar com as quatro patas para cima antes de se levantar, ainda que por poucos instantes, a dupla de vaqueiros marca pontos. Porém, caso o boi não fique com as quatro patas para cima, a dupla não pontua³⁴³. Em regra, cada dupla de vaqueiros enfrenta cinco bois, sendo cada um equivalente a uma determinada pontuação, totalizando 50 pontos³⁴⁴.

Segundo Pollyana Batista³⁴⁵, a prática surgiu na década de 40, na região nordeste do país. Os primeiros registros são provenientes de fazendas localizadas no sul da Bahia e no norte do Ceará. O costume nasceu da estratégia de puxar o boi pelo rabo para apreender o gado livre de volta ao rebanho, ganhando destaque entre os boiadeiros e fazendeiros, que começaram a organizar eventos como forma de passatempo para a família dos coronéis e senhores de engenho³⁴⁶.

Anos depois, a atividade se tornou um evento nordestino, com arenas de areia fina e fofa, e a competição ganhou apresentações folclóricas e shows de músicas típicas da região, atraindo vários adeptos³⁴⁷.

Nesse cenário, o Estado do Ceará editou a Lei nº 15.299/2013³⁴⁸, regulamentando a prática da vaquejada. A lei fixou os seguintes critérios:

³⁴¹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada)*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁴²Ibid.

³⁴³Ibid.

³⁴⁴Ibid.

³⁴⁵BATISTA, Pollyana. *O que é a vaquejada e qual sua origem*. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-a-vaquejada-e-qual-sua-origem/>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁴⁶Ibid.

³⁴⁷Ibid.

³⁴⁸Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. *Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013*. Disponível em: <<https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§ 3º A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§ 2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§ 3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

O Procurador-Geral da República ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade contra a referida Lei 15.299/13, por entender haver violação ao artigo 225, § 1º, VII, da CRFB/88³⁴⁹, cujo teor se destaca abaixo:

art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Algumas práticas começaram a ser adotadas após a regulamentação da vaquejada, “como o enclausuramento dos animais antes de serem lançados à pista, momento em que são açoitados e instigados para que entrem agitados na arena quando da abertura do portão”³⁵⁰, o que ensejou a propositura da ADI.

Há que se ressaltar que o mero ato de puxar o boi pelo rabo já pode causar-lhe ferimentos. A professora de medicina veterinária da USP, Irvênia Luiza de Santis Prada, emitiu um laudo técnico em 1999 que diz que “conter o boi pelo rabo é o bastante para luxar as vértebras da cauda, romper vasos e ligamentos e, em alguns casos, arrancar completamente

³⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵⁰CAVALCANTE, op. cit., nota 341.

o rabo do animal. Ela lembra que, além da dor física, o boi que é submetido a essa prática constantemente também sofre estresse crônico³⁵¹.

Por outro lado, os defensores da prática da vaquejada entendem que se trata de um patrimônio cultural do povo nordestino, devendo o Estado garantir e apoiar o exercício dos direitos e manifestações culturais, conforme é previsto pelo artigo 215 da CRFB/88³⁵². Ademais, argumentaram que a vaquejada “consiste no modo de criar e viver da população sertaneja, vale dizer, uma prática cultural que deveria ser regulamentada para evitar o que seria pior, a sua crueldade”³⁵³.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar, analisou o conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais. De um lado, figura a norma que proíbe as práticas que submetem os animais à crueldade e, do outro lado, há garantia constitucional do pleno exercício dos direitos e manifestações culturais.

No julgamento da ADI nº 4.983³⁵⁴, o STF declarou a inconstitucionalidade da já citada Lei 15.299/13, que regulamenta a prática da vaquejada. Segundo o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, citando Paulo Bonavides, o artigo 225 da CRFB/88, que protege a fauna e a flora, assegurando o meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata de “direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade”³⁵⁵.

Asseverou ainda, em seu voto, que o Tribunal tem precedentes no sentido de considerar inconstitucionais leis que venham a regulamentar práticas de crueldade contra animais, como foi o caso da briga de galo, bem como o caso da farra do boi. Nesse sentido:

os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Portanto, seguindo a linha de entendimento da Suprema Corte, a ação direta de inconstitucionalidade em questão foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade

³⁵¹FREITAS, Ana. *O que é a vaquejada. E por que ela foi proibida pelo Supremo*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/16/O-que-%C3%A9-a-vaquejada.-E-por-que-ela-foi-proibida-pelo-Supremo>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁵²BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵³CHUEIRI; MACEDO, op. cit.

³⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁵⁵Ibid.

da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, em apertada maioria – isto é, placar de seis votos a cinco.

Contudo, deve-se ressaltar que a lei invalidada foi a do Ceará, sendo certo que, para os demais estados federados do território nacional não se pode considerar, automaticamente, proibidas as práticas da vaquejada. Esse foi o entendimento proferido pelo Ministro Teori Zavaski, em decisão monocrática no bojo de uma reclamação constitucional que visava a combater a decisão de primeiro grau de Teresina, Piauí, que manteve a vaquejada no referido Estado³⁵⁶.

Ocorre que, decorrido pouco mais de um mês da decisão do STF na ADI 4.983, o Congresso Nacional editou a Lei 13.364/2016³⁵⁷, estabelecendo que a vaquejada, tal como o rodeio e as respectivas expressões artístico-culturais, são formas de manifestações da cultura e do patrimônio nacional imaterial. Dessa vez, a lei possui incidência em âmbito nacional, por ser fruto de aprovação do Congresso Nacional do Brasil.

Conforme observa Márcio Cavalcante³⁵⁸, a nova norma consagra um exemplo de reação do Poder Legislativo à decisão judicial. Contudo, essa lei não teria o condão de superar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, para a Corte, a vaquejada é inconstitucional por violar frontalmente o artigo 225, § 1º, VII, da CRFB/88³⁵⁹, ou seja, uma norma constitucional fruto do poder constituinte originário.

Por essa razão, o Congresso Nacional optou por alterar a própria Constituição, aprovando a Emenda Constitucional nº 96/2017³⁶⁰, acrescentando, assim, o parágrafo 7º ao artigo 225, que assim prevê:

para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Cuida-se de hipótese de “tentativa de superação legislativa da jurisprudência (reversão jurisprudencial), uma manifestação de ativismo congressional”³⁶¹.

³⁵⁶CAVALCANTE, op. cit., nota 341.

³⁵⁷BRASIL. *Lei nº 13.364* de 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁵⁸CAVALCANTE, op. cit., nota 324.

³⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶⁰BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96*, de 06 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁶¹CAVALCANTE, op. cit., nota 341.

Ocorre que, em julho de 2017, nova ação direta de inconstitucionalidade foi proposta, dessa vez tendo como objeto a EC 96/2017. É a ADI nº 5.728³⁶², com relatoria do Ministro Dias Toffoli, bem como a ADI nº 5.772³⁶³, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Até a presente data, ambas as ações estão pendentes de julgamento.

Nesse caso, em que a reversão jurisprudencial é feita por meio de emenda constitucional, que altera formalmente a própria Constituição, a declaração de inconstitucionalidade repousa nas estritas hipóteses violadoras do artigo 60, § 4º, da CRFB/88³⁶⁴, conforme já fora abordado ao longo do estudo. São elas:

- § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
- I - a forma federativa de Estado;
 - II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III - a separação dos Poderes;
 - IV - os direitos e garantias individuais.

Assim, apenas haverá declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional caso esta viole o processo legislativo para edição de emendas ou viole cláusula pétrea, sendo algumas dessas previstas no rol do parágrafo 4º do artigo 60 da CRFB/88, destacado acima, ou alguma outra limitação material implícita ao longo da Constituição, conforme aponta José Afonso da Silva³⁶⁵. É possível verificar limitação material implícita na forma e do sistema de governo posterior ao plebiscito de 1993, da titularidade do poder constituinte – que é do povo, conforme artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88, sendo um princípio democrático –, bem como o princípio da anterioridade em matéria tributária, da irretroatividade e da legalidade administrativa e tributária, entre outros.

Cabe ainda salientar que há corrente na doutrina, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶⁶, que afirma ser possível a compreensão de que cláusulas pétreas não são imutáveis em sentido estrito, ou seja, podem ser admitidas pequenas alterações, desde que não modifiquem o seu núcleo essencial.

³⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.728*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.772*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁶⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 68.

³⁶⁶FERREIRA FILHO, op. cit., p. 60.

No mesmo sentido entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.024³⁶⁷, afirmando em seu voto que deve ser mantido nas cláusulas pétreas apenas a proteção do núcleo essencial dos institutos e princípios por elas preservados.

Deve ser ressaltado ainda que, a princípio, direitos e garantias individuais – art. 60, §4º, IV, da CRFB/88 – são de primeira geração. No entanto, pelo princípio da complementariedade, a dignidade da pessoa humana é um valor axiológico entendido como abarcado pelo inciso IV e todos os direitos e garantias devem ser por ele tutelados, como o direito à saúde, à educação, à cultura e ao meio ambiente, incluindo, assim, os direitos de segunda e terceira geração.

Seguindo essa visão, a proibição de que os animais sofram tratamento cruel pode ser considerada uma garantia individual, isto é, cláusula pétrea amparada no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da CRFB/88. Uma vez que o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração”³⁶⁸, não pode ser tolhido do sistema constitucional nem restringido, sequer por emenda.

À luz do estudo da teoria dos diálogos constitucionais feito por Brandão, apesar da EC 96/2017 se assemelhar à emenda *in your face*, trata-se de instrumento para reforçar os objetivos do legislador, não se revelando como supremacia parlamentar.

No entanto, pelo presente estudo, o entendimento é de que o efeito *backlash* não ocorreu à luz da teoria dos diálogos constitucionais no caso vaquejada. Isso porque a EC 96/2017 é emenda *in your face*, que decide reverter frontalmente a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais, e não propriamente uma democrática proposta de interpretação sobre o sentido da norma constitucional, para que se revele a melhor capacidade institucional e acomodação dos Poderes, diante de uma conclusão que satisfaça ambas as visões.

Corroborando com esse entendimento, Chueiri e Macedo³⁶⁹ afirmam que:

do ponto de vista democrático, anota-se que nesse caso não houve um debate mais ampliado com a comunidade envolvida, seja nos meios institucionais pela via das audiências públicas, seja nos meios socialmente organizados (instituições não governamentais ambientais, associações culturais, etc.), como também nas comunidades em que tal prática ocorre.

³⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.024. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347393>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³⁶⁸CAVALCANTE, op. cit., nota 341.

³⁶⁹CHUEIRI; MACEDO, op. cit.

O STF exerceu seu papel contramajoritário no presente caso, defendendo direitos das minorias para proteger direitos fundamentais, agindo como verdadeiro guardião da Constituição.

Os atores sociais disputam acerca do sentido das normas constitucionais, revigorando a autoridade da Lei Maior, afirmando “quem nós somos e quem pretendemos ser como comunidade política”³⁷⁰. Nesse sentido, conforme Siegel e Post, o *nomos* da sociedade “está sempre aberto e em disputa para novas interpretações, afirmações e revisões, nesse processo inconcluso de construção de identidades individuais e coletivas”³⁷¹.

Com isso, verifica-se que as reações que decorrem de uma decisão judicial podem estimular disputas no que tange o sentido da Constituição, ampliando a participação dos intérpretes para fora da esfera jurisdicional, já que os magistrados não detém o monopólio sobre a interpretação constitucional³⁷².

Segundo Chueiri e Macedo, “em democracias constitucionais, a Constituição não é o que a Corte Suprema diz que ela é. Há de se considerar que os demais poderes e nós, o povo, são intérpretes tão legítimos da Constituição quanto a Corte e não podemos ser demitidos de tal tarefa”³⁷³.

Todavia, tendo em vista o exposto, amparado na tese de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é cláusula pétrea e a crueldade contra animais está inserida nesse campo, é provável que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dessas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC 96/2017, mantenha sua posição e declare a sua inconstitucionalidade, não obstante tenha sido declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 13.364/2016 por maioria apertada.

Ocorre que, no dia 28 de março de 2019, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 494.601³⁷⁴, que questionava lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul que permite o sacrifício de animais em cultos religiosos, destacando-se as religiões de matriz africana.

³⁷⁰CHUEIRI; MACEDO, op. cit.

³⁷¹SIEGEL; POST apud Ibid.

³⁷²Ibid.

³⁷³Ibid.

³⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 494.601*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Vale transcrever o teor da Lei nº 12.131/04³⁷⁵, declarada constitucional na oportunidade, e discorrer brevemente a respeito da decisão, apenas com o fito de aprofundar a reflexão do tema:

art. 1º - Fica acrescentado parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com a seguinte redação: art. 2º - parágrafo único - Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana.

A Lei nº 11.915/03³⁷⁶ – Código Estadual de Proteção aos Animais – veda algumas práticas dolorosas contra os animais, conforme destacado abaixo:

art. 2º - É vedado: I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; II - manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade; III - obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força; IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo; V - exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal; VI - enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem; VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS -, nos programas de profilaxia da raiva.

Portanto, com esse entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, considera-se constitucional o parágrafo único acrescentado pela lei impugnada, criando uma exceção à vedação prevista no Código de Proteção aos Animais. Assim, é permitido o livre exercício de cultos e liturgias das religiões de matriz africana, ainda que importe em sacrifício do animal.

Trata-se de decisão judicial de constitucionalidade no bojo de um processo concreto, isto é, em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, pois transcende o interesse das partes do caso concreto. Vale ressaltar que, apesar de ser em controle difuso de constitucionalidade, a decisão também produz efeitos *ex tunc* – apenas prospectivos – vinculantes e *erga omnes*, devido ao novo entendimento do STF sobre o assunto, conforme visto no primeiro capítulo da presente pesquisa³⁷⁷, independentemente de resolução editada pelo Senado Federal.

³⁷⁵BRASIL. Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/12.131.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³⁷⁶BRASIL. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/11915an.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³⁷⁷Ver páginas 19-22 da presente pesquisa.

Ademais, foi fixada a seguinte tese: "É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana".

É possível vislumbrar, portanto, que no julgado destacado privilegiou-se o princípio constitucional da liberdade religiosa em detrimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, onde se insere o propício tratamento aos animais.

Dessa forma, após esse julgado, faz-se uma relação com a posição do STF para decidir as ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face da EC 96/2017 – Emenda da Vaquejada. Isso porque, se a lei do Estado do Rio Grande do Sul foi declarada constitucional, preterindo a proteção aos animais em favor da maior liberdade aos cultos religiosos, ao se deparar com a emenda constitucional em questão, que possui *status* normativo superior ao da lei, pode ser um problema para a Corte conferir um raciocínio diferente no julgamento, a fim de declará-la inconstitucional, uma vez que acabou sendo formado um precedente no sentido de que, talvez, a proteção aos animais não seja considerada cláusula pétrea, o que vai de encontro às decisões proferidas até então e ao entendimento deste estudo.

No entanto, sendo certo que existem precedentes que se enquadram melhor ao caso da vaquejada, como o caso da farra do boi e o caso da briga de galo, na ponderação entre o direito à livre manifestação cultural e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, este deve prevalecer.

4.3. Caso Infidelidade Partidária

Inicialmente, para a introdução da breve análise acerca deste caso, deve-se mencionar que o artigo 14, §3º, V, da CRFB/88³⁷⁸ prevê que uma pessoa somente pode concorrer a um cargo político eletivo se ela estiver filiada a um partido político.

art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
 § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:
 V - a filiação partidária; (...).

O artigo 17, §1º, da CRFB/88³⁷⁹, por sua vez, estabelece que os partidos políticos deverão, nos seus respectivos estatutos, estabelecer normas de disciplina e fidelidade

³⁷⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

partidária. A fidelidade partidária tem natureza de direito público, pois volta-se aos olhos do eleitor, não sendo matéria *interna corporis* do partido político. Portanto, em regra, a violação à fidelidade partidária enseja a perda do mandato político.

Até a década de 1990, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária era no sentido de que “a troca de partido pelo parlamentar eleito não acarretava a perda do mandato por não haver previsão constitucional nesse sentido”³⁸⁰. Assim ficou fixado no voto do Ministro Barbosa Moreira, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.927/DF³⁸¹:

ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido porque se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, §1º; 58, §4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda do mandato, a que alude o artigo 55.

Contudo, em 2007, após a Consulta nº 1.398/DF³⁸² pelo Tribunal Superior Eleitoral, o STF reviu o seu entendimento, passando a entender que “o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar”³⁸³. Assim, a troca de partido pelo parlamentar por aquele eleito gera o direito de reaver o mandato perdido, configurando hipótese de infidelidade partidária.

Em 2007, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610³⁸⁴, regulamentando o processo de perda do cargo eletivo e o de justificação de desfiliação partidária, já que não havia norma expressa em lei ou na Constituição acerca da questão concernente à infidelidade. É comum, em matéria eleitoral, resoluções editadas pelo TSE, com força de lei.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ SANTOS, Alessia Pamela Bertuleza. *O backlash silencioso*: notas sobre a EC 91/2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/34388737/O_Blacklash_Silencioso_Notas_sobre_a_Emenda_91_2016_-_XXVI_ENCONTRO_NACIONAL_DO_CONPEDI>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 20.927*. Relator: Ministro Barbosa Moreira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁸² Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398/DF*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20071220-1.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁸³ SANTOS, Alessia Pamela Bertuleza. *O backlash silencioso*: notas sobre a EC 91/2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/34388737/O_Blacklash_Silencioso_Notas_sobre_a_Emenda_91_2016_-_XXVI_ENCONTRO_NACIONAL_DO_CONPEDI>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³⁸⁴ BRASIL. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

O artigo 1º da Resolução nº 22.610/07³⁸⁵ prevê: “o partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa”³⁸⁶. Assim, entendeu que a infidelidade partidária era causa de perda do mandato eletivo. Portanto, se o político sair do partido pelo qual fora eleito, perderá o seu cargo. Trata-se de previsão aplicável aos cargos eletivos proporcionais³⁸⁷ – vereadores e deputados – e não para os de sistema majoritário³⁸⁸ – prefeito, governador, senador e presidente –, conforme ficou fixado no julgamento da ADI 5.081³⁸⁹, julgado em 2015, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da referida Resolução, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, no julgamento das ações diretas de constitucionalidade nº 3.999/DF³⁹⁰ e 4.086/DF³⁹¹, até que o Poder Legislativo se manifeste, legislando sobre o assunto.

Esse caso é um pouco diferente dos demais. Isso porque o STF declarou a constitucionalidade da Resolução, e não a sua inconstitucionalidade, e manifestou que é em caráter transitório e temporário, isto é, até que o Congresso Nacional legisle especificamente sobre a matéria.

Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello³⁹², em seu voto, o STF já havia reconhecido que a infidelidade partidária “é uma prática constitucionalmente ilícita de mudar o resultado eleitoral das urnas fora das urnas”, constituindo “um desrespeito ao postulado democrático”. Observou ainda que há casos em que se justifica a mudança de partido, como perseguições políticas ou mudança da ideologia do partido, sendo a Resolução 22.610/07 do TSE importante para que se permita ao parlamentar apresentar as suas justificativas e, ainda, ao partido, para expor as questões de seus filiados.

³⁸⁵Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁸⁶BRASIL, op. cit., nota 383.

³⁸⁷No sistema eleitoral proporcional, leva-se em conta o número de votos obtidos na circunscrição para se aferir quantas cadeiras cada partido ocupará. Em suma, será decisiva para a eleição do candidato a quantidade de votos que seu partido recebeu.

³⁸⁸No sistema eleitoral majoritário, considera-se vencedor o candidato que obtiver o maior número de votos.

³⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.081*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.999*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.086*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei 13.165/2015³⁹³, alterando a Lei 9.096/95³⁹⁴, que regulamenta o artigo 14, §3º, V, da CRFB/88, para tratar expressamente da questão sobre a infidelidade partidária, acrescentando o artigo 22-A, a seguir destacado:

art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

Dessa forma, a Lei em questão reforçou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade de desfiliação partidária quando houver justa causa, assim entendida como a mudança substancial do programa do partido político ou discriminação política pessoal, mas acrescentou mais uma alternativa: a mudança de partido realizada no período de trinta dias antes do prazo para a filiação partidária que confere o direito de concorrer à eleição, sendo esta majoritária ou proporcional, prevendo uma janela para a troca de partido.

Isso porque, para alguém se candidatar à eleição, precisa se filiar a um partido político até seis meses anteriores à data da eleição. O inciso III do parágrafo único do artigo 22-A da Lei 9.096/95 previu a hipótese de uma pessoa, já titular de mandato eletivo, mudar de partido para concorrer às novas eleições do ano, sem perder o mandato que já possui titularidade. Para isso ocorrer, portanto, a lei prevê que seja feito no período de trinta dias anteriores ao início do prazo para filiação, o que significa dizer que deve ser feito no prazo de sete meses antes da data das eleições.

Não bastasse a referida Lei, o Congresso Nacional, em 2016, editou a Emenda Constitucional nº 91³⁹⁵, para prever mais uma hipótese de mudança de partido sem que isso resulte na perda do cargo eletivo que o político já é titular. Segue a sua transcrição:

art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem

³⁹³BRASIL. *Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹⁴BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹⁵BRASIL. *Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Trata-se de emenda constitucional que não altera nenhum dispositivo já existente da Constituição. Portanto, ressalta Márcio Cavalcante³⁹⁶ que configura emenda avulsa, que tecnicamente seria mais bem introduzida no bojo dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – em algum de seus artigos.

Críticas à parte, o fato é que a EC 91/2016 introduziu mais uma possibilidade de desvinculação partidária sem resultar em perda de cargo político de sistema proporcional, desde que o titular se desfilie até trinta dias após a promulgação da referida emenda, ou seja, dia 19 de março de 2016. Importa observar ainda que o prazo é “para que o detentor de mandato eletivo se desfilie do partido, mas não exige que haja uma nova filiação dentro deste mesmo prazo”³⁹⁷. Contudo, caso o político queira concorrer nas eleições no mesmo ano, deverá se filiar a outro partido no prazo estabelecido pela legislação, isto é, até seis meses antes do pleito.

Além disso, estabelece a EC 91/2016 que essa troca de partido não implica prejuízo ao acesso gratuito de tempo de rádio e TV, bem como não será considerada para redistribuição dos recursos do Fundo Partidário. Essa ressalva foi expressamente feita tendo em vista que, em regra, “o número de Deputados Federais que o partido possui interfere no valor que será recebido a título de fundo partidário e no tempo gratuito que cada agremiação terá no rádio e na TV”³⁹⁸. Assim, apesar de a EC 91/2016 ter autorizado a troca de partido político, ela proibiu que essa mudança acarretasse efeitos para fins de cálculo do Fundo Partidário e para o tempo de rádio e TV.

Márcio Cavalcante diferencia as duas “janelas para que os políticos possam trocar de partido sem perder o cargo que ocupam”³⁹⁹. Segundo observou, o artigo 22-A, parágrafo único, inciso III, da Lei 9.096/95 possui natureza jurídica de justa causa para que seja autorizada a troca de partido político, ao passo que a EC 91/2016 possui “natureza jurídica de autorização constitucional e temporária para a desfiliação do partido pelo qual o político foi

³⁹⁶CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à EC 91/2016 (janela para que políticos saiam do partido sem perderem o mandato)*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/02/comentarios-ec-912016-janela-para-que.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

³⁹⁷Ibid.

³⁹⁸Ibid.

³⁹⁹Ibid.

eleito”⁴⁰⁰. Portanto, esta regra é temporária, já tendo exaurido seus efeitos trinta dias após a sua promulgação. Aquela, por sua vez, é permanente, valendo para todas as eleições futuras.

Conforme observa Alessia Santos⁴⁰¹, a EC 91/2016:

reforça a ideia de bloco de constitucionalidade, pois trata-se de uma norma constitucional que não se encontra inserida no texto da Constituição formal. A Emenda não pretende acrescentar ou alterar dispositivos do texto constitucional vigente, mas tão somente inserir no ordenamento jurídico pátrio uma norma com status constitucional.

Ainda conforme pontua Alessia, “a EC 91/2016 representa um *backlash* com efeitos limitados no tempo”⁴⁰². Isso porque o Congresso Nacional, ao aprovar a EC 91/2016, estabeleceu a possibilidade, ainda que excepcional e temporária, de desfiliação partidária, sem justa causa, que não importa em perda de mandato e sem levar consigo o direito ao Fundo Partidário e ao horário gratuito de rádio e TV – direito de antena.

Observa-se que, por meio da EC 91/2016, o Congresso Nacional superou dois entendimentos do STF. De acordo com Alessia⁴⁰³:

primeiro, ao permitir que os Parlamentares deixem, no curso da legislatura, o partido para o qual foram eleitos sem que apresentem uma justa causa (perseguição política ou migração para partido criado após a eleição) e conservando o mandato, criou-se uma nova exceção à “fidelidade partidária”, identificada pelo STF como um princípio implícito cuja violação implica na perda do mandato. Em segundo lugar, ao estabelecer que essa emigração não implicaria transferência do direito de acesso ao Fundo Partidário e ao horário de rádio e TV, criou-se uma situação esdrúxula: a Emenda se apresenta como uma excludente de infidelidade partidária, uma vez que o Parlamentar trânsfuga conservará o seu mandato, mas veda que ele usufrua dos frutos representatividade obtida nas urnas, em nítida contrariedade ao entendimento predominante do STF.

Nessa situação trazida ao presente trabalho, pode ser afirmado que houve acomodação entre os poderes, de forma que o Judiciário deu a sua interpretação e o Poder Legislativo, posteriormente, legislou expressamente sobre a matéria, inserindo no ordenamento jurídico o seu entendimento acerca do melhor sentido para a norma constitucional que exige a filiação partidária para que o político concorra às eleições, estabelecendo as exceções a partir da posição apontada pelo Judiciário.

À luz da teoria dos diálogos constitucionais, o debate democrático resultou em um saldo positivo, uma vez que, após cada Poder contribuir com a sua respectiva capacidade

⁴⁰⁰Ibid.

⁴⁰¹SANTOS, op. cit.

⁴⁰²Ibid.

⁴⁰³Ibid.

institucional, firmou-se o melhor entendimento da norma constitucional analisada. Há, nesse caso, respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, com a devida integração, harmonia e controle recíproco entre o Legislativo e o Judiciário.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que se extrai da presente pesquisa, imprescindível destacar a importância de estudar a aplicação do efeito *backlash* – reversão legislativa da jurisprudência ou ativismo congressual –, à luz da teoria dos diálogos constitucionais.

Ao longo do estudo, após analisados os institutos, foi visto que é perfeitamente possível o ativismo congressual como forma de reversão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de uma norma.

Apesar de não haver muitos estudos na doutrina brasileira sobre a matéria, verificou-se que nenhum Poder detém a palavra final e imutável sobre o sentido da norma constitucional e, ainda, que a edição de lei ou emenda superadora da declaração de inconstitucionalidade é vantajosa para a reabertura do debate a respeito do melhor entendimento sobre a Constituição, permitindo a evolução do Direito.

Essa conversa entre os Poderes constitui um avanço para o Estado Democrático de Direito. Isso porque, para se atribuir sentido a uma norma constitucional, o Legislativo e o Judiciário realizam um debate, levando-se em consideração a melhor interpretação de cada Poder, naquilo que cada um pode contribuir, de acordo com a sua capacidade institucional específica.

Lembrando que cada Poder é essencial em um ponto específico e, entre eles, há intercessão, devem estar sempre à procura da coerência entre as suas interpretações, para que, no todo, o conjunto esteja harmônico, encontrando a melhor versão possível.

Outrossim, foi constatado que esse debate, em algum momento, tem que ser encerrado, sob pena de se travar uma eterna discussão acerca do sentido constitucional. Caso não seja encerrado, a constante modificação de entendimento, seja por decisão declaratória de inconstitucionalidade da norma ou pela edição e aprovação de nova lei ou emenda constitucional, acarreta uma contínua insegurança jurídica.

Isso porque, em determinado momento, o jurisdicionado se encontra amparado pelo conteúdo da norma e, em momento posterior, essa norma é declarada inconstitucional pelo STF. Isso provoca, então, uma reação ao Congresso Nacional que, em seguida, aprova nova norma modificadora dessa decisão que, por sua vez, faz com que o jurisdicionado passe a ter, novamente, respaldo legal ou constitucional, a depender do caso. Entretanto, pode ser que novamente seja invalidado o conteúdo da nova norma. E assim a questão se torna uma bola de neve.

Tendo em vista que nem sempre é possível imaginar que um Poder vai ceder a sua interpretação em detrimento do outro, a questão pode se tornar inacabável, havendo reversão infinita de entendimentos.

Assim, é importante que haja um limite na construção do sentido da Constituição. A interpretação da norma constitucional deve cessar em algum momento. Na verdade, deve haver uma acomodação entre os poderes, e o ideal é que isso ocorra de forma harmônica, com a lógica da proporcionalidade e da razoabilidade.

Até mesmo quando feita por meio de emenda constitucional, as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade da reversão legislativa são bastantes. Ainda que seja por meio de um campo mais restrito, pois só podem ser declaradas inconstitucionais as emendas que violem as cláusulas pétreas, há um rol extenso delas em que o legislador pode acabar se imiscuindo, tocando em matéria que não poderia.

Dessa forma, uma emenda constitucional pode ser declarada inconstitucional, já que o Poder Reformador não é absoluto nem ilimitado e, ao contrário, encontra várias barreiras constitucionais, tanto formais quanto materiais, como as cláusulas pétreas, o processo formal de emenda, além das circunstanciais e temporais.

Portanto, o presente estudo verificou que é possível o ativismo congressional como forma de reversão do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário e guardião da Constituição. Todos os Poderes devem contribuir para o melhor sentido da norma constitucional.

Por isso, não apenas a mudança da situação fática pode ensejar a modificação do entendimento, mas a mudança da interpretação da norma também pode acarretar a reabertura do debate, fazendo com o que o legislador saia da inércia e edite uma lei ou uma emenda para alterar a posição firmada pelo STF.

Foi possível verificar, ao longo da presente pesquisa que, quando a norma possuir mais de uma leitura, o legislador pode optar por uma delas, realizando escolhas políticas. Essa escolha deve ser respeitada pelo Poder Judiciário sempre que houver compatibilização entre a interpretação legislativa e a Constituição.

Em suma, o efeito *backlash* é importante para promover uma sintonia entre a opinião pública, a interpretação legislativa e a decisão do STF, principalmente no que se refere a questões moralmente controvertidas.

Ademais, deve ser lembrada a importância da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, teoria desenvolvida por Peter Häberle. De acordo com essa teoria, as normas

constitucionais devem ser interpretadas por todos – Executivo, Legislativo, Judiciário e, inclusive, os cidadãos.

Outrossim, como foi observado, nenhuma instituição é infalível. Portanto, todos devem figurar em pé de igualdade, ou seja, todos podem e devem interpretar a norma constitucional para que seja alcançado o melhor sentido possível.

O Brasil vive uma democracia constitucional e deliberativa, com ampla possibilidade de se discutir sobre várias matérias que interessam a toda coletividade. Para tanto, instrumentos de fiscalização devem ser promovidos, dando voz a todos os autores do Estado Democrático, incluindo, principalmente, a sociedade.

É possível a superação da decisão constitucional tanto por meio de emenda, quanto por meio de lei ordinária. Isso porque, se não o fosse, haveria um estímulo a hiperconstitucionalizar a política, com a adição de extenso conteúdo na Carta Magna.

Deve haver um senso dialógico entre os Poderes. Assim, o STF deve declarar a inconstitucionalidade de lei apenas quando houver flagrante violação a direitos fundamentais. Contudo, no caso em que a lei comporte mais de uma interpretação, sendo uma delas compatível com o ordenamento, deve-se privilegiar a opção política do legislador e se abster de declarar a inconstitucionalidade.

Por outro lado, o Legislativo deve promover debates com a comunidade e atuar sempre em observância ao texto constitucional, respeitando ao máximo a decisão do STF em matérias de direitos fundamentais. Isso porque o respeito e a guarda da Constituição é dever de todos, a fim de se assegurar uma sociedade justa e democrática.

Conclui-se, portanto, que não há que se falar em supremacia judicial ou supremacia parlamentar, mas sim em diálogos constitucionais entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Essa tese preconiza a cooperação institucional e social, para que, então, seja alcançada a supremacia da Constituição. A ela deve ser dada a maior e melhor efetividade possível, com a contribuição de todos os Poderes, em conjunto, assim cumprindo com o pressuposto do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. *Do ativismo judicial à autocontenção: o exemplo norte-americano*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27734/do-ativismo-judicial-a-autocontencao-o-exemplo-norte-americano>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BATISTA, Pollyana. *O que é a vaquejada e qual sua origem*. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-a-vaquejada-e-qual-sua-origem/>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe 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. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. *Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013*. Disponível em: <<https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 4 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3406/RJ e ADI nº 3470/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Reclamação 2.617-5*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361894>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.105*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 197.917*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 58, de 28 de setembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm#art2>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.364 de 29 de novembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.728*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.772*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.024*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347393>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004*. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/12.131.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/11915an.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.081*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.999*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.086*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398/DF*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20071220-1.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. *Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Estatuto da Família*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761>. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583/13*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6583-13-estatuto-da-familia>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Estatuto do Nascituro*. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>. Acesso em: 06 dez. 2018.

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

CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. *A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil*. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045A+influenca+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional: entendendo a Rcl 4335/AC*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. *STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. *Superação legislativa da jurisprudência*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. *Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada)*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em: 26 fev. 2019.

_____. *Comentários à EC 91/2016 (janela para que políticos saiam do partido sem perderem o mandato)*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/02/comentarios-ec-912016-janela-para-que.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CERA, Denise Cristina Mantovani. *O Supremo Tribunal Federal admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais?*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2564231/o-supremo-tribunal-federal-admite-a-tese-das-normas-constitucionais-inconstitucionais-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CHUEIRI, Vera Karam; MACEDO, José Arthur Castillo. *Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-123.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

FERREIRA, Aldemar Anderson Gondim. *Ativismo Judicial. Uma importante ferramenta na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57118/ativismo-judicial>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Ana. *O que é a vaquejada. E por que ela foi proibida pelo Supremo*. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/10/16/O-que-%C3%A9-a-vaquejada.-E-por-que-ela-foi-proibida-pelo-Supremo>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

HOPPER, Tristin. *Can you really just ignore the constitution if you feel like it? Everything you need to know about the notwithstanding clause*. Disponível em: <<https://nationalpost.com/news/canada/what-is-the-notwithstanding-clause>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

HOURANI, Jamila. *O Estado Constitucional Cooperativo à luz da internacionalização dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47367/o-estado-constitucional-cooperativo-a-luz-da-internacionalizacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Camila Novaes. *Controle de Constitucionalidade (princípios norteadores)*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Julia Parreiras. *Os Poderes Judiciário e Legislativo no caso da Vaquejada: “Efeito Backlash”*. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_voll_2018_artigo01.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=_EFnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=n%C3%BAcleo+duro+de+uma+norma+constitucional&ots=rKUxBwgLj2&sig=GzL0qALwXKLxVpzHhZ9j4MHn1nY#v=onepage&q=n%C3%BAcleo%20duro%20de%20uma%20norma%20constitucional&f=false>. Acesso em: 24 set. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA, Mauricio. *O conceito de Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/o-conceito-de-estado-democratico-de-direito-por-mauricio-mota>>. Acesso em: 01 set. 2018.

NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. *Elementos da teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais de Otto Bachof*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32589/elementos-da-teoria-da-inconstitucionalidade-de-normas-constitucionais-de-otto-bachof>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Separação de Poderes: o Judiciário fala por último?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI268246,31047Separacao+de+Poderes+O+Judiciario+fala+por+ultimo>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PRATA FILHO, Ricardo Barreto. *O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e a posição do STF sobre o atual regime dos precatórios*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-controle-de-constitucionalidade-da-reforma-constitucional-e-a-posicao-do-stf-sobre-o-atual-regime-de-precato,47564.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SANTOS, Alessia Pamela Bertuleza. *O backlash silencioso: notas sobre a EC 91/2016*. Disponível em: <https://www.academia.edu/34388737/O_Blacklash_Silencioso_Notas_sobre_a_Emenda_91_2016_-_XXVI_ENCONTRO_NACIONAL_DO_CONPEDI>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. *O papel contramajoritário do STF*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOARES, Amanda; OLIVEIRA, Gabriela; MORAES, Muryel. *Teoria pura do direito: a hierarquização das normas*. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

SOUZA, Clarissa Abrantes. *O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a efetivação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais,55583.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VARGAS, Denise. *A jurisdição constitucional frente ao backlash*. Disponível em: <<https://denisevargas.jusbrasil.com.br/artigos/121936166/a-jurisdicao-constitucional-frente-ao-backlash>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

VILELLA, Igor de Araújo. *Dos primeiros estudos alemães sobre a mutação constitucional*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37258/dos-primeiros-estudos-alemaes-sobre-a-mutacao-constitucional>>. Acesso em: 24 set. 2018.