



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ATIVISMO CONGRESSUAL:
REAÇÃO LEGISLATIVA EM FACE DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5105 – A “ÚLTIMA PALAVRA” DO STF?

Thiago da Silva Penna

Rio de Janeiro
2018

THIAGO DA SILVA PENNA

ATIVISMO CONGRESSUAL:
REAÇÃO LEGISLATIVA EM FACE DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5105 – A “ÚLTIMA PALAVRA” DO STF?

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

ATIVISMO CONGRESSUAL:
REAÇÃO LEGISLATIVA EM FACE DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5105 – A “ÚLTIMA PALAVRA” DO STF?

Thiago da Silva Penna

Graduado em Direito pela UCAM. Advogado.

Resumo – O Poder Legislativo tem reagido a algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Nessas hipóteses, aquele poder tem editado leis que vão de encontro a jurisprudência consolidada do Supremo, buscando, com isso, provocar uma mutação constitucional pela via legislativa. O presente trabalho visa a expor os argumentos prós e contras a essa atitude. Para tanto, analisa-se a ADI nº 5105, na qual o Supremo Tribunal Federal, conforme o Voto de lavra do Min. Luiz Fux, passou a esposar a Teoria dos Diálogos Institucionais.

Palavras-chave – Ativismo Congressual. Reação legislativa. Mutação constitucional. Eficácia subjetiva das decisões em sede de controle abstrato. Direito constitucional.

Sumário – Introdução. 1. O julgamento da ADI nº 5105 e a Lei nº 9.504/97. O uso da Teoria dos diálogos institucionais e o STF como guardião da Constituição. 2. Apreciação de outros casos de Reação legislativa. A Teoria da supremacia judicial e a Teoria dos diálogos institucionais. 3. A mutação constitucional como resultado de um diálogo entre os poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende adentrar na problemática referente ao chamado ativismo congressual, ou reação legislativa; máxime no que tange à apreciação da ação direta de inconstitucionalidade número 5105, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Na qual houve uma mudança de interpretação a respeito da Lei de Ficha Limpa, após a feitura da Lei nº 9.504/97 – editada em sentido similar ao previamente tido como inconstitucional.

Não desconsiderando a importância sadia do diálogo entre os Poderes - e sem adentrar no mérito de uma sociedade aberta de intérpretes, porquanto entendemos ser imprescindível a institucionalização dos meios de comunicação, para a possibilidade da estabilização dialógica - acerca dos sentidos da norma constitucional, consideramos a necessidade de uma última instância, a fim de dirimir eventuais embates ad infinitum. A problemática, portanto, repercute no nexos comunicativo que serve de ponto de interseção entre os poderes legislativo e judiciário, na medida em que procura delimitar a fronteira que os separa e o vínculo que os une.

O trabalho tem por justificativa a identificação da área de interseção entre os Poderes

Legislativo e Judiciário, com o intuito científico de aclarar os limites de interpretação assegurados a cada um deles. Considerando que, não obstante o Poder Legislativo se insurja contra uma decisão em sede de controle de constitucionalidade, o STF, como órgão híbrido (que acumula as funções de Tribunal constitucional e órgão de cúpula do judiciário), sempre retém a última palavra, em detrimento da separação dos poderes. Seria, porém, preciso se refletir sobre a possível extensão da eficácia subjetiva ao Poder Legislativo nas decisões de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF, como Tribunal constitucional, sem que se viole o princípio da separação dos poderes. Pois mesmo que o Tribunal Constitucional se classifique como um órgão jurisdicional, suas decisões em sede de controle de constitucionalidade têm função eminentemente política. De modo que defende, a possibilidade da extensão dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade emanadas do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, ao Poder Legislativo.

Entende-se portanto que, uma vez estabelecido os parâmetros de conformação entre os poderes, quanto ao respeito pelos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, no que tange aos sentidos do texto constitucional e as formas de implantá-lo, consolidar-se-ia um controle político maior desse órgão, como legítimo guardião da Constituição.

Assim, no primeiro capítulo enfrenta-se a questão atinente a saber se existem limites ao Poder Legislativo em respeito aos precedentes vinculantes emanados do Supremo Tribunal Federal e até que ponto estaria esse, como guardião da Constituição, apto a guardá-la, e contra quem, se o representante maior do povo desdiz sua orientação.

O segundo capítulo destaca a possibilidade de o Poder Legislativo por meio das chamadas leis *in your face* provocar uma mutação constitucional.

Já o terceiro capítulo reflete acerca da possibilidade de extensão da eficácia subjetiva ao Poder Legislativo nas decisões de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF, como Tribunal constitucional. Ademais, entende-se pela necessidade de destacar o conteúdo político das decisões proferidas pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em razão de sua própria natureza político institucional, despiendo tratar-se de órgão de cúpula do poder judiciário ou Tribunal Constitucional.

A presente pesquisa se desenvolve tendo como critério orientador o método hipotético dedutivo, considerando a viabilidade das proposições em cotejo com os parâmetros lógicos requisitados pelo tema em discussão. Para tanto, far-se-á uso da legislação, jurisprudência e doutrina.

1. O JULGAMENTO DA ADI Nº 5105 E A LEI Nº 9.504/97. O USO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E O STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A ação direta de inconstitucionalidade nº 5105¹, que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 01, de outubro de 2015. Referida ação foi ajuizada pelo partido Solidariedade (SD) e impugnava os artigos 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013² - tendo aquele modificado o artigo 29, §6º, e o artigo 41-A, todos da Lei nº 9.069/95³ (Lei Orgânica dos Partidos Políticos); e este acrescentado o §7º ao artigo 47, da Lei nº 9.504/97⁴ (Lei das Eleições).

Antes, porém, de ajuizada essa ação o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, havia julgado as ADIs nº 4.330/DF⁵ e 4.795/DF⁶, conferindo interpretação conforme à Constituição ao artigo 47, §2º, da Lei nº 9.504/97⁷, possibilitando aos novos partidos - criados após as eleições para a Câmara dos Deputados - o direito de acesso proporcional a dois terços de tempo para propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão.

O Congresso Nacional insurgiu-se com o decidido e promoveu a superação legislativa do precedente por meio da Lei nº 12.875/2013⁸. Com seu advento o acesso aos fundos e direito de antena pelos novos partidos restou prejudicado, tal como era antes da decisão das ADIs nº 4.330/DF⁹ e 4.795/DF¹⁰.

Na ocasião do julgamento da ADI nº 5105¹¹ referida Lei acabou sendo julgada inconstitucional por maioria. Em voto que se consagrou vencedor, o Ministro Luiz Fux discorreu sobre o marco teórico dos diálogos institucionais, rejeitando a tese da última palavra definitiva da Corte constitucional.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5105/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²Idem. *Lei nº 12.875*, de 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³ Idem. *Lei nº 9.069*, de 29 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9069.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴ Idem. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4330/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3790644>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4795/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁷Idem. op. cit., nota 4.

⁸Idem. op. cit., nota 2.

⁹Idem. op. cit., nota 5.

¹⁰Idem. op. cit., nota 6.

¹¹Idem. op. cit., nota 1.

Conforme Frazão¹², para essa teoria nenhuma instituição possui o monopólio de sentido da Constituição, e a última palavra, conferida ao STF, é apenas provisória. Dessa forma preserva-se o sistema de *checks and balances*, no embate dialógico entre os Poderes.

Sobre a teoria dos diálogos institucionais a jurista canadense Christine Bateup¹³, referência internacional sobre o tema, aponta a existência de duas principais correntes: a primeira, denominada de teoria sobre o método judicial (*theories of judicial method*), sustenta haver a promoção dos debates acerca do conteúdo da constituição pelos magistrados, em âmbito externo e interno dos poderes. A segunda, teoria estrutural do diálogo (*structural theorie of dialogue*), identifica a existência de métodos institucionais que possibilitam a seus agentes o oferecimento de resposta à decisão judicial, sempre que houver o desencontro de expectativas quanto ao conteúdo do decisório¹⁴.

A referida autora¹⁵, porém, entende que a melhor maneira de se chegar a uma compreensão normativa satisfatória do diálogo institucional é por meio do equilíbrio e da participação entre os poderes.

Conforme o artigo 102, *caput*, da CRFB¹⁶, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, o que acaba lhe atribuindo o poder para promover, em sede de jurisdição constitucional, a mutação constitucional, e dar a última palavra sobre o sentido da norma. Conforme o Ministro Celso de Mello¹⁷, “a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la” (ADI nº 3.345, Rel. Min. Celso de Mello)¹⁸. Esse precedente, mais antigo, acaba contrastando com o proferido na ADI nº 5105¹⁹, no qual o STF assume a teoria dialógica dos poderes.

Outro caso interessante em que o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento após feita uma correção legislativa de sua jurisprudência, deu-se na ADI nº 3.722/DF²⁰, na qual

¹²FRAZÃO, Carlos Eduardo. Reversões legislativas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral: direito de antena e Fundo Partidário II e a teoria dos diálogos institucionais. In FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II: cidadania e direitos fundamentais*. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 90.

¹³BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹⁴Ibidem.

¹⁵Ibidem.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁷Idem. op. cit., nota 1.

¹⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3345/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254824>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹⁹Idem. op. cit., nota 1.

²⁰Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3722/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381154>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

reconheceu a validade da Lei nº 11.301/2006²¹, em dissonância com o que havia entendido na ADI nº 2.797²². Nesta ocasião a discussão girou em torno do sentido da expressão "funções de magistério" para contagem da aposentadoria especial. Inicialmente, o STF entendera pela interpretação mais estrita do termo, vindo a depois mudar de entendimento, por meio da reação legislativa a seu precedente.²³

O Min. Luiz Fux²⁴ ao analisar a postura institucional do STF diante dos casos onde houve reação legislativa, conclui que o Tribunal não subtrai ex ante a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário. No caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação só ocorrerá se ocorrer violação ao artigo 60, e seus parágrafos, da CRFB²⁵; e no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária a Corte adota um comportamento de autorrestrição respeitando as opções políticas do Legislador, salvo se houver afronta ao texto constitucional. Nesse sentido o STF adota uma visão não juriscêntrica, sendo refratário à supremacia judicial em uma acepção forte.²⁶

Com efeito, as teorias interpretativas constitucionais têm falhado em resolver a dificuldade contramajoritária, como destacado por Bickel²⁷. A teoria dos diálogos institucionais, todavia, procura resolver o problema, ao sugerir que o sentido da Constituição deve advir não somente do Judiciário, mas também dos outros Poderes.²⁸

A problemática que exsurge da aplicação da teoria dialógica dos poderes lida, portanto, diretamente com a da legitimidade da *judicial review*. O enfrentamento da questão frente a uma reação legislativa contra precedente ganha contornos mais intensos, haja vista serem os representantes do Poder legislativo eleitos pelo voto do povo.

Conforme Juliano Zaiden Benvindo²⁹ existe um certo preconceito no Brasil quanto a preparação do legislativo de enfrentar os desacordos políticos sobre direitos. Muito provavelmente em razão dos escândalos com o envolvimento de políticos no passado recente.

Nessa mesma esteira, o autor³⁰ comenta:

²¹ BRASIL. Lei nº 11.301, de 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111301.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²² Idem. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2797/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²³ FUX. op. cit., p. 97.

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁶ FUX. op. cit., p. 97.

²⁷ BATEUP. op. cit., nota 13

²⁸ Ibidem.

²⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. *A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

³⁰ Ibidem.

com esse propósito, há farta literatura a respeito da defesa de que o local do desacordo sobre direitos deve ser trabalhado pelo parlamento de forma mais legítima (WALDRON, 1998; 1999; 2006; TUSHNET, 1999). Aqui se apresenta toda uma necessidade de desmistificar o Judiciário e resgatar uma legitimidade perdida do parlamento. Waldron, por exemplo, chega a afirmar que os filósofos do direito “estão intoxicados pelas cortes e cegos para tudo o mais em função dos prazeres da jurisdição constitucional.

Segundo Mark Tushnet³¹ a adoção de um modelo mais juriscêntrico de hermenêutica constitucional tende a provocar um comportamento mais irresponsivo do legislador, o que não ocorrerá se houver a abertura dialógica quanto aos sentidos do texto.

A teoria estrutural do diálogo baseada na concepção de uma construção coordenada da Constituição, como defendida por James Madison e Thomas Jefferson³², também merece reparos. Para esses autores³³ cada ramo do governo é independente e harmônico entre si e possui responsabilidade primária em interpretar a Constituição, havendo uma descentralização quanto a figura da autoridade interpretativa. Essa teoria³⁴ peca, porém, por não prever em que limites os poderes se coordenariam, no que tange a interpretação constitucional. Haveria o caos hermenêutico. Louis Fisher retoma a teoria, porém acrescentando a teoria dos diálogos institucionais entre os poderes.³⁵ O Supremo Tribunal Federal esposou essa teoria no julgamento da ADI nº 5105³⁶.

2. APRECIÇÃO DE OUTROS CASOS DE REAÇÃO LEGISLATIVA. A TEORIA DA SUPREMACIA JUDICIAL E A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A reação legislativa aos entendimentos da Suprema Corte em matéria constitucional seria de fato ilegítima, se for adotada a Teoria da supremacia judicial - que defende ser a última palavra do Judiciário. Estabeleça-se aqui uma diferença entre essa teoria e a Teoria do monopólio judicial, pois esta defende que só ao Poder Judiciário competiria interpretar a Constituição, enquanto para aquela é admissível que outros Poderes também a interpretem,

³¹TUSHNET apud FUX, Luiz, op. cit., p. 98.

³²BATEUP. op. cit, nota 13.

³³Ibidem.

³⁴Ibidem.

³⁵Ibidem.

³⁶BRASIL. op. cit., nota 1.

embora o Judiciário tenha a última palavra.³⁷

Segundo a Teoria da supremacia judicial³⁸, as decisões emanadas do Tribunal Constitucional possuem, também, uma eficácia prospectiva, ou seja, o sentido conferido às normas torna-se definitivo não apenas para o passado (*ex tunc*), caso não haja modulação (*ex nunc*), mas também para o futuro (*ad futurum*) - e nesse ponto diferencia-se a supremacia judicial do controle de constitucionalidade -, de modo a engessar os demais poderes.

Nessa esteira, formar-se-ia uma impossibilidade de mutação constitucional, senão por mudança dos membros da mais alta Corte judicial, ou então por emenda constitucional (acepção material e formal de supremacia judicial, respectivamente), que modificasse a norma fundamental supedânea para o entendimento firmado. Assim, inclusive ficou assente na ADI nº 2.860³⁹, julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 10.628/2002⁴⁰, sob o argumento de que não poderia o Legislativo subtrair do Supremo Tribunal Federal a exclusividade para alterar a interpretação por este consolidada em matéria constitucional.⁴¹

O julgamento dessa ADI nº 2.860⁴² teve como objeto a Lei nº 10.628⁴³, que foi fruto de uma reação legislativa ao cancelamento do Enunciado nº394, do Sumula do STF, por uma decisão no Inq. nº687-QO. Essa lei acrescentou o art. 84, e seus parágrafos, ao Código de Processo Penal. Conforme o §1º desse artigo, que em muito se assemelha ao do Verbete cancelado, o foro por prerrogativa de função prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, quanto aos atos administrativos praticados pelo agente. O STF afirmou, porém, na ocasião que teria havido uma usurpação de sua competência pelo Legislativo, considerando que este interpretara a Constituição, função que não lhe competiria. Veja-se, portanto, que não houve análise do teor da lei, pois ela foi de imediato tida como inconstitucional, uma vez que contrariou precedente do Supremo. Desse modo, ficou evidente a adoção da supremacia judicial em sentido estrito.

No entanto, se sobre o mesmo caso tivesse sido adotada a Teoria dos diálogos institucionais, usada na ADI nº 5105⁴⁴, poder-se-ia cogitar de que os parágrafos acrescidos pela

³⁷BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 20.

³⁸Ibidem. p.21.

³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2860/DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo362.htm>>. Acesso em 23 abr. 2018.

⁴⁰Idem. *Lei nº 10.628*, de 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴¹BRANDÃO. op. cit., p. 22.

⁴²BRASIL. op. cit., nota 16.

⁴³Idem. op. cit., nota 17.

⁴⁴Idem. op. cit., nota 1.

Lei nº 10.628/2002⁴⁵, ainda seriam constitucionais, uma vez que se tornaria aceitável a reação legislativa. Quiçá, mesmo se assim não fosse, examinar-se-ia, ao menos, o mérito, e não a inconstitucionalidade formal e material de forma liminar.

Como cediço as questões políticas têm cada vez mais sido alvo das decisões do Supremo Tribunal Federal, como visto no julgamento da compatibilidade do rito de impeachment, previsto na Lei nº 1.079/50⁴⁶, com a Constituição de 1988⁴⁷ (ADPF 378 MC/DF⁴⁸) no que tange à forma de votação (secreta ou aberta) e ao tipo de candidatura (avulsa ou por indicação do líder) dos membros da Comissão Especial na Câmara dos Deputados. No caso o STF definiu o papel das Casas Legislativas, quanto ao trâmite do processo de impeachment. Referida atribuição à Corte Suprema é corolário de uma expansão global do judiciário ao redor do mundo, como se tem observado no direito comparado.

Contra o ativismo judicial, que sustenta uma ampliação do Poder Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas originariamente de competência dos outros Poderes, pugnam os defensores da "*judicial self restraint*" uma deferência maior ao Legislativo para atuar acerca, inclusive, de matérias constitucionais, na medida em que são reduzidas as atuações do próprio Poder Judiciário.⁴⁹

Também na ADI nº 1.805 MC/DF⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre matéria de cunho político, no que tange à reeleição de Chefe do Poder Executivo, promovida pela reforma constitucional, na forma da Emenda Constitucional nº 16/1997⁵¹.

Perceba-se, portanto, a nítida atribuição conferida ao STF em matéria política, como corolário do entendimento constitucional, por ele mesmo criado em adoção da Teoria da supremacia judicial em alguns de seus julgados, à luz, máxime, do art. 102, *caput*, da CRFB⁵².

Segundo Robert Dahl⁵³ a posição ocupada pela Suprema Corte em um sistema político não consiste em ser uma mera instituição legal, mas, sim, uma instituição política, haja vista suas decisões atacarem problemas, cuja natureza não poderia ser de outra ordem. Desse modo,

⁴⁵Idem. op. cit., nota 40.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴⁷Idem. op. cit., nota 16.

⁴⁸Idem. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 378 MC/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1700204>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴⁹BRANDÃO. op. cit., p. 23.

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1805 MC/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1700204>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁵¹ Idem. Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁵²Idem. op. cit., nota 16.

⁵³BRANDÃO. op. cit., p. 289.

sustenta o autor, esse órgão não teria a legitimidade de seus entendimentos vinculados estritamente a critérios jurídicos, ou a métodos ou regras de interpretação constitucional, sobre as quais perdura forte desacordo mesmo entre os membros da própria Corte. Para ele, portanto referida limitação a esses critérios é, antes de mais nada, uma "ficção" comprometedora de sua própria legitimidade democrática.⁵⁴

Rejeite-se, porém, em parte, referida opinião construída pelo autor, na medida em que o dissenso entre os membros da Suprema Corte só confirma a legitimidade democrática de suas decisões, uma vez que em uma democracia o consenso é a exceção, e é de sua natureza o respeito às opiniões contrárias. Dessa forma, nada mais democrático que reputar-se constitucional ou não a lei ou o ato normativo, conforme o voto da maioria.

Em todo caso, não há como negar a atribuição de decidir em matéria política a esse órgão máximo, considerando o teor do dispositivo constitucional acima aventado.

Pelo princípio da autolimitação judicial (*judicial self restraint*), porém, não é papel dos juízes a justiciabilidade de questões políticas. Segundo Marshall⁵⁵, definidor do referido princípio, certas questões políticas não competiriam ao controle jurisdicional. Em sentido contrário, contudo, Canotilho sustenta que a questão não diz respeito a fazer política por meio do controle constitucional, mas, sim, em aferir a constitucionalidade da política feita.⁵⁶

Portanto, não se nos afigura ilegítima a adoção da supremacia constitucional, em detrimento da Teoria dos diálogos institucionais, considerando o argumento normativo em prol da segurança jurídica.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DE UM DIÁLOGO ENTRE OS PODERES

As Cortes Supremas possuem não apenas um poder contramajoritário, mas, também representativo e iluminista, como destaca Luís Roberto Barroso⁵⁷. Portanto, é incumbência do órgão maior do Poder Judiciário, em seu papel contramajoritário opor-se às leis contrárias à

⁵⁴Ibidem.

⁵⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1309

⁵⁶Ibidem.

⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.20, n.1, p.39 – 62, jan./abr. 2018, p. 42.

Constituição, declarando-as inconstitucionais.

Muito embora, os membros dessa Cúpula não tenham sido eleitos, senão indiretamente, essas atribuições justificam-se na medida em que se faz necessário o desenvolvimento de um sentido legitimador à democracia, máxime no campo discursivo, eis que nenhum dos outros Poderes têm o ônus da fundamentação como ele.⁵⁸

Vencidas as objeções e questionamentos que se impõem quanto à denominada “dificuldade contramajoritária”, é possível conceber o Judiciário como o “*locus*” perfeito para não somente a interpretação da Constituição, mas também para sua consolidação no ordenamento jurídico. Não assiste razão, portanto, àqueles que defendem haver, com esse feito, violação à separação dos Poderes, até porque o Poder é uno e o que se distribui são suas funções.⁵⁹

Nessa esteira, entendemos que não é admissível a possibilidade de haver uma mutação constitucional pelo Poder Legislativo, com o implemento de novas leis, uma vez que não lhe compete o poder de direção de sentido da Carta Magna, atribuído este apenas, no Brasil, ao STF.

Com efeito, nada obsta, é claro, que o Legislativo confeccione novas leis, de modo que, se for o caso, o Judiciário se manifeste quanto a sua constitucionalidade. Contudo, essa legislação seria totalmente inócua, se posterior a uma decisão contrária em sede de controle de Constitucionalidade que afastou interpretações díspares a seu entendimento, segundo a Teoria da supremacia constitucional.

Logo, ainda que embotado de legitimidade pelo voto, e além da notória defesa feita aos direitos das minorias, a contribuição do Judiciário para a democracia reside, outrossim, na possibilidade de representar os anseios da opinião pública, sem ser a ela submissa. Nesse ponto, inclusive, não se poderia dizer que o Supremo Tribunal Federal estaria atuando de forma contramajoritária, mas pelo contrário, haja vista que, apesar de todo o processo legislativo, muitas das leis promulgadas não desfrutam do apoio de seus eleitores, cuja representatividade acaba ocorrendo mais no curso da concretização da democracia substantiva, ínsita a um Estado Constitucional de Direito, do que nas Casas Legislativas.⁶⁰

À luz desses fatos, não se vê razão para o tabu em aceitar a utilização da Teoria da Supremacia Constitucional. Tal escrúpulo parece-nos injustificado, na medida em que reflete o equívoco de usar um princípio (da separação de poderes) que não se aplica ao caso.

⁵⁸BARROSO. op. cit., p. 47 - 48.

⁵⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 110-111.

⁶⁰BARROSO. op. cit., p. 48.

Contudo, ressalte-se que essa posição, atualmente, é minoritária, como se depreende da leitura do Voto do eminente Relator Luiz Fux na ADI nº 5105⁶¹, do Supremo Tribunal Federal. Nessa ação o STF passou, em deferência ao âmbito de conformação do Legislativo, a adotar a Teoria dos Diálogos Institucionais em detrimento da Teoria da Supremacia Constitucional.⁶²

Defende-se neste artigo, contudo, que partindo de uma posição de representatividade dos anseios populares, não haveria o porquê de não se atribuir às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade o efeito vinculante extensível, inclusive aos demais Poderes, uma vez que estes seriam, com efeito, emanações de um único poder estatal, cujas funções essenciais são distribuídas entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados em seu funcionamento.⁶³

Em todo caso, é de todo compreensível a preocupação em não se engessar as atividades do Legislativo e do Executivo. O que se prega não é isso, isto é, não fazemos encômio à imobilidade dos órgãos, mas apenas que aquele Poder não reitere em aprovar leis, cujo teor é uma reprodução de outras anteriormente tidas como inconstitucionais, tendo em vista que referida reação legislativa poderia causar uma grande instabilidade em nosso ordenamento jurídico. Basta imaginar, hipoteticamente, uma lei que hoje se presume constitucional, amanhã deixe de sê-lo, por ser declarada inconstitucional, e depois de amanhã seja aprovada uma nova lei com igual teor. Seria o caos para o cidadão, na medida em que sofreria de uma insegurança muito grande quanto a seus direitos e deveres.

A propósito, se a lei de igual conteúdo tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e só a este compete interpretar a Constituição por último, então revela-se desprovido de sentido a reação legislativa, eis que a nova lei, que afetará aos mesmos interessados, passaria novamente pelo crivo do STF, que não haveria razões para declarar sua constitucionalidade dessa vez, salvo se o contexto fático ou jurídico alterar de sobremodo. Nessa hipótese, vemos uma serventia para o uso da Teoria dos Diálogos Institucionais.

No entanto, se for adotada a Teoria da Supremacia Constitucional, o mecanismo mais apropriado para o exercício de freios e contrapesos pelo Legislativo quanto às declarações de inconstitucionalidade é a possibilidade *ex ante* de aprovação dos Ministros que proferirão referidas decisões, na forma do parágrafo único do artigo 101, da Constituição da República⁶⁴;

⁶¹BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶²Ibidem.

⁶³MEIRELLES, Hey Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 65.

⁶⁴BRASIL. op. cit., nota 16.

ou então por via de emenda constitucional (acepção formal da teoria da supremacia constitucional), mas não pelo processo legislativo ordinário, já que sua exigência é menos severa e, portanto, menos representativa da maioria parlamentar.

Ademais, ressalte-se que o inciso X do artigo 52, da CRFB⁶⁵, que se refere à competência privativa do Senado Federal *ex post* para a suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal⁶⁶, sofreu uma mutação constitucional com a ADI nº 3406/RJ⁶⁷ e ADI nº 3470/RJ⁶⁸, no sentido de conferir à referida Casa Legislativa apenas a competência para, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Portanto, conforme o Voto da Ministra Carmen Lúcia⁶⁹, a Corte estaria consolidando um novo entendimento, pelo qual se afirma que não mais seria declarada a inconstitucionalidade do ato normativo de per si, mas antes a própria matéria que nele se contém. Dessa forma, não haveria que se cogitar de reação legislativa, uma vez que o conteúdo da norma já fora declarado inconstitucional. Nesse mesmo diapasão, o Ministro Luiz Edson Fachin, que sustentou que a declaração de inconstitucionalidade opera a preclusão consumativa da matéria.⁷⁰

Portanto, não seria cabível, em nosso entendimento, que o Legislativo realize mutação constitucional servindo-se de reação legislativa.

CONCLUSÃO

O artigo abordou a problemática atinente à reação legislativa em face de decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal que são de todo desfavoráveis ao próprio Legislativo. De modo que este reage à consolidação jurisprudencial com a edição de novas leis.

Buscou-se apresentar as Teorias que circundam o tema, pois ainda que na ação direta de inconstitucionalidade nº 5105, julgada pelo STF, tenha-se lançado mão dos diálogos

⁶⁵Ibidem.

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3406/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3406%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9yspwz>>. Acesso em: 23 abr. 2018. Idem, op. cit., nota 1.

⁶⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3470/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3406%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9yspwz>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁶⁹Idem. op. cit., nota 67.

⁷⁰Idem. op. cit., nota 68.

institucionais, o mesmo órgão excelso já se pronunciou outrora de modo favorável ao uso da Teoria da supremacia constitucional.

Como demonstrado, esta última teoria não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Legislativo possui meios de se contrapor às referidas decisões prolatadas e formadoras de jurisprudência – nada obstante, seja essa uma atribuição precípua do Poder Judiciário e não dos outros poderes, como, outrossim, procurou-se ressaltar.

Em favor da Teoria dos diálogos institucionais, todavia, afirmou-se que seu uso reforça a coexistência harmônica entre os Poderes, na medida em que cada um poderá contribuir com a melhor maneira de revelar a normativa mais consentânea com o sentimento constitucional. Assim, contorna-se a denominada dificuldade contramajoritária, já que se deflete o solilóquio interpretativo no que tange ao sentido das normas constitucionais.

Nessa esteira, estimula-se o encontro de vontades entre os poderes, na mesma medida em que se desencoraja a falta de sua correção popular, ainda que indireta. Num contexto de judicialização da política, no qual as questões de grande importância acabam sendo resolvidas pelo Judiciário, essa possibilidade de atuação por seus representantes assoma um maior relevo.

Em todo caso, ainda que adotada a Teoria dos diálogos institucionais, é bom ter-se em conta que a sede da superação das decisões formadoras de jurisprudência não ocorreu senão no próprio Poder Judiciário. Como visto houve a necessidade da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, para que se confirmasse a inconstitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, haja vista que, consoante expresso no Voto do eminente Ministro Luiz Fux, referida lei já teria nascido com uma presunção *juris tantum* de inconstitucionalidade.

De outro lado, a consolidação da jurisprudência em torno de uma norma constitucional tem uma função estabilizadora e deferente à segurança jurídica. O efeito vinculante das decisões constitucionais requer uma estabilidade, sem a qual ter-se-ia não uma única Constituição, mas diversas – uma para cada intérprete.

Ocorre que as denominadas leis *in your face*, em nítida oposição às decisões do Supremo Tribunal Federal denotam um desprestígio a estas, e diminuem a potencialidade da função contramajoritária incumbida a esse órgão excelso. Desse modo, as minorias poderiam, inclusive, acabar perdendo a “voz”, calada pela maioria parlamentar por meio de leis contrárias à jurisprudência que ensejaria àqueles direitos. Portanto, a Teoria da supremacia constitucional conta com esse matiz humanista, pois ao reforçar a dita função exercida pelo STF ela também defende os direitos das minorias, que não ficariam reféns de uma eventual reação legislativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v.20, n.1, p.39 – 62, jan./abr. 2018.

BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. 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: 23 ago. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 16*, de 04 de junho de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 10.629*, de 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 12.875*, de 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.069*, de 29 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9069.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 11.301*, de 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111301.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Lei nº 1.079*, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5105/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3406/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3470/RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2860/DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo362.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4330/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3790644>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4795/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3345/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254824>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3722/DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381154>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2797/DF*. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1805 MC/DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1700204>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 378 MC/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1700204>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 5. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2011.

FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II: cidadania e direitos fundamentais*. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MEIRELLES, Hey Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. reform. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015.