

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Tárcia Helena Dias de Oliveira

**ENTRE O PARLAMENTO E A CORTE: a resposta legislativa diante da
atuação judicial**

Belo Horizonte

2023

Tárcia Helena Dias de Oliveira

**ENTRE O PARLAMENTO E A CORTE: a resposta legislativa diante da atuação
judicial**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito

Área de Estudo: Teoria constitucional, direitos humanos e instituições democráticas

Orientadora: Prof^a Dr^a Juliana Cesário Alvim Gomes

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

O48e Oliveira, Tércia Helena Dias de
Entre o Parlamento e a Corte [manuscrito]: a resposta legislativa diante da atuação judicial / Tércia Helena Dias de Oliveira. - 2023.
169 f.

Orientadora: Juliana Cesário Alvim Gomes.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: 153 - 169.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Poder judiciário - Teses. 3. Função judicial - Teses. 4. Poder legislativo - Teses. I. Gomes, Juliana Cesário Alvim. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.53



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA TARCIA HELENA DIAS DE OLIVEIRA

Realizou-se, no dia 10 de maio de 2023, às 13:00 horas, online, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *ENTRE O PARLAMENTO E A CORTE: o ativismo legislativo diante da atuação judicial*, apresentada por TARCIA HELENA DIAS DE OLIVEIRA, número de registro 2021654332, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes - Orientador (UFMG), Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes (UFMG), Prof(a). Francisco de Castilho Prates (Faculdade de Direito da UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

) Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 95 (noventa e cinco).

) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2023.

Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes (Doutora) Nota 95 (noventa e cinco).

Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes (Doutor) Nota 95 (noventa e cinco)

Prof(a). Francisco de Castilho Prates (Doutor) Nota 95 (noventa e cinco)

AGRADECIMENTOS

Sem colaboração, não se vai muito longe! Parcerias são essenciais e tive as melhores!

Agradeço à minha Orientadora Juliana Cesário Alvim Gomes, pelas infinitas instruções, por estar, realmente, disponível para ouvir, para orientar (muitas e muitas vezes) e por toda a paciência e atenção.

Ao professor Bernardo Gonçalves Fernandes, por me acolher, ainda como ouvinte em sua disciplina, pelo conhecimento que compartilha, por apontar caminhos e oferecer oportunidades.

Ao professor Francisco de Castilho Prates, pela contribuição, em minhas Bancas, com direcionamentos técnico primoroso e, ao mesmo tempo, suaves, que me fizeram crescer.

Às queridas Dani, Jordana, Marisa e Samara, pelo “lobby do batom” que tornou o mestrado mais divertido, mais alegre e mais rico.

À Marisa e à Samara, especialmente, por me ouvirem e socorrem nos momentos mais delicados.

Ao professor e amigo, Carlos Cruz, pelo estímulo e pela torcida.

À minha parceira querida, Rafaella Leão, pela amizade de milhões, e por ter lido e corrigido muitas e muitas páginas desse trabalho!

Ao meu pai e à minha mãe, pelo apoio incondicional e pelas muitas energias azuis que enviaram para me inspirar!

À minha irmã Ana Cecília, pelas conversas carinhosas e por acompanhar a saga de cada capítulo!

Ao irmão Paulinho, pelos estímulos e trocas nos encontros de irmãos.

Ao Bend, nosso patudinho, que tornou as longas horas de escrita mais leves.

Gabrielzinho, querido, sem todas as suas dicas, ajudas, amor e humor, a vida seria muito dura!

Fabício, meu amor, nem todos os agradecimentos seriam suficientes. Obrigada por sustentar, comigo, tudo que alimenta minha alma!

Resumo

O trabalho parte das leituras que questionam a concepção de que cabe às Cortes oferecer a solução final para as questões que lhe são postas. Sem dúvida, o Judiciário é um *player* relevante, mas não como detentor da capacidade de silenciar os demais partícipes envolvidos na construção do sentido constitucional.

A teoria dos Diálogos Constitucionais é o aporte teórico que sustenta, nesse trabalho, a análise da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário e de como ambos têm se inserido, no cenário nacional, nos últimos 10 anos, como atores capazes de interpretar e aplicar a Constituição.

A chave utilizada para dimensionar o diálogo entre o Parlamento e a Corte é a resposta legislativa. Assim, avaliaremos as modalidades de resposta legislativa que o Congresso Nacional tem oferecido às decisões do STF.

Para melhor compreensão da categorização que se pretende operar, alguns recortes devem ser esclarecidos. Nesse trabalho, não se abordará qualquer tipo de reação do Congresso a um posicionamento Judicial.

O foco da pesquisa é a resposta legislativa, ou seja, os casos em que o Parlamento utiliza o processo legislativo (ou deixa de fazê-lo), para dialogar com uma tese posta pelo Tribunal.

Agrupamos as respostas legislativas do Congresso em três categorias: (1) situações em que o Legislativo não movimenta o processo legislativo após um posicionamento judicial (inércia legislativa); (2) situações em que o Parlamento positiva, contorna ou se adequa ao entendimento judicial, por meio de lei ou mesmo de Emenda Constitucional (acomodação legislativa) e (3) casos em que os parlamentares superam a decisão judicial, respondendo por meio do ativismo legislativo (superação legislativa).

Ao final da pesquisa, a análise do caso do “orçamento secreto” permite verificar a dinâmica da relação entre Congresso e Supremo e constatar a interação constante entre os poderes, além de reafirmar a inexistência de uma palavra final definitiva na elaboração da definição de Constituição.

Palavras-chave: Supremacia judicial. Ativismo legislativo. Diálogos constitucionais.

Abstract

The work starts from the readings that question the conception that it is up to the Courts to offer the final solution to the questions that are posed. Undoubtedly, the Judiciary is a relevant player, but not as a holder of the ability to silence the other participants involved in the construction of constitutional meaning.

The theory of Constitutional Dialogues is the theoretical contribution that supports, in this work, the analysis of the relationship between the Legislative and Judiciary Powers and how both have been inserted, in the national scenario, in the last 10 years, as actors capable of interpreting and applying the Constitution.

The key used to scale the dialogue between Parliament and the Court is the legislative response. Thus, we will evaluate the types of legislative response that the National Congress has offered to the decisions of the STF.

For a better understanding of the categorization that is intended to operate, some clippings should be clarified. In this work, we will not address any kind of reaction by Congress to a Judicial position.

The focus of the research is the legislative response, that is, the cases in which the Parliament uses the legislative process (or fails to do so), to dialogue with a thesis proposed by the Court.

We group Congressional legislative responses into three categories: (1) situations in which the Legislature does not move the legislative process after a judicial position (legislative inertia); (2) situations in which the Parliament positive, circumvents or adapts to the judicial understanding, through law or even a Constitutional Amendment (legislative accommodation) and (3) cases in which the parliamentarians overcome the judicial decision, responding through activism legislation (legislative overcoming).

At the end of the research, the analysis of the “secret budget” case allows verifying the dynamics of the relationship between Congress and the Supreme Court and confirming the constant interaction between the powers, in addition to reaffirming the inexistence of a definitive final word in the elaboration of the definition of the Constitution.

Keywords: Judicial supremacy. Legislative activism. Constitutional dialogues.

Sumário

Introdução	9
Capítulo 1. Diálogos Constitucionais – revisão de literatura	12
1.1. A curva ascendente do Poder Judiciário	12
1.2. Supremacia Judicial e outros conceitos	23
1.2.1. Firmando Conceitos	24
1.2.2. Críticas à Supremacia Judicial	35
1.2.3. Conclusão	46
1.3. Teoria dos Diálogos Constitucionais	46
1.3.1. Notas Introdutórias	47
1.3.2. Diálogos Constitucionais	56
1.3.3. Críticas à Teoria dos Diálogos	58
1.3.4. Conclusão	61
Capítulo 2. Entre o Parlamento e a Corte: cenário nacional	62
2.1. Notas Introdutórias	63
2.2. Atuação do Parlamento antes de uma decisão da Corte	66
2.3. A inércia do Legislativo diante de uma decisão judicial	73
2.3.1. A omissão (?) do Legislador e as tentativas de legislar	79
2.3.2. A inércia legislativa no momento pós-decisional	82
2.4. Quando o Parlamento acomoda a decisão judicial	87
2.5. O poder de superação do Legislativo	94
2.6. A atuação da Corte. Reação Judicial?	105
2.7. Conclusão: diálogos ou monólogos no Brasil	107
Capítulo 3. Estudo de Caso: O orçamento secreto	108
3.1. O ciclo orçamentário	110
3.2. A ampliação da participação parlamentar no orçamento	114
3.4. O “orçamento secreto” em juízo	123
3.5. O “orçamento secreto” e relações institucionais entre Legislativo e Judiciário	130
3.5.1. Separação de poderes: a competência do Judiciário para avaliar questões orçamentárias	131
3.5.2. As rodadas procedimentais: diálogos entre Legislativo e Judiciário no caso do “orçamento secreto”	135
3.5.3. Da PEC à Emenda Constitucional	142
3.5.4. E as emendas de relator de indicador RP 9?	144

3.5.5. Quem ganhou? Corte ou Parlamento? “Por outros meios”	144
3.6. Conclusão	148
Conclusão	150
Referências Bibliográficas	152

Introdução

A concepção sustentada por muitos e, em diversas ocasiões pelos próprios Ministros do STF¹, é a de que cabe às Cortes oferecer a solução final para as questões que lhe são postas.² Sem dúvida, o Judiciário é um *player* relevante na construção do sentido da Constituição, contudo a centralização de poder nas mãos dos Tribunais “está longe de ser o único cenário possível em termos das relações entre poderes”, ainda que o sistema em análise contemple o controle de constitucionalidade.³

A noção de prevalência do Judiciário como detentor da palavra final, silenciador dos demais discursos não parece corresponder ao ambiente de disputa que se observa na esfera política.⁴ A finalidade da pesquisa é examinar a mecânica de convívio entre Parlamento e Corte. Desse modo, o trabalho se apoia na percepção de que o Legislativo responde às decisões judiciais, de modos diferente e diversas oportunidades.

A dissertação parte dos trabalhos de Conrado Hubner Mendes (2008) e Rodrigo Brandão (2010), que estruturam uma leitura consistente acerca dos Diálogos Constitucionais na realidade brasileira e se propõe a observar o desenvolvimento da relação entre o Congresso e o STF nos últimos 10 anos (2012 a 2022). Esse recorte temporal, permite abordar os debates mais recentes entre esses poderes, passando por cenários políticos diferentes (Governo Dilma, Governo Temer e Governo Bolsonaro).

A abordagem é qualitativa, embora explore alguns elementos quantitativos. Assim, a pesquisa possui uma linha predominantemente jurídico-compreensiva, isto é, faz uso de um procedimento analítico de decomposição do problema em seus diferentes aspectos, níveis e relações. Há também uma faceta descritiva, uma vez que

¹ “Disso resulta a imprescindibilidade de respeito às decisões do Poder Judiciário cujas ordens deverão ser cumpridas e fielmente executadas, qualquer que seja o seu destinatário, especialmente quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que é, por expressa delegação da Assembleia Nacional Constituinte, o guardião supremo da intangibilidade e da exegese da Constituição da República, dispondo, por isso mesmo, ‘do monopólio da última palavra’, na feliz expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, em tema de interpretação constitucional.” (Voto Ministro Celso de Melo. Plenário. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF. 18/06/2020. Inquérito das fake news).

² “O final dos anos 1990 e os anos 2000 foram marcados pela preocupação com o protagonismo do Poder Judiciário – e, em especial, das cortes constitucionais – em relação aos demais poderes, com seus consequentes impactos para a democracia e a política.” GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2705.

³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. São Paulo: Revista Direito GV, v. 12, n. 2, 405-440, 2016. P. 406.

⁴ GOMES, J. 2022, p. 2707.

se trata de uma tentativa de compreender como determinado processo acontece, um esforço no sentido de descrevê-lo, a partir de uma observação analítica empírica.⁵

A partir disso, foi pensado um estudo de caso. Nesse trabalho, o interesse pela temática levou à exploração de um caso no intuito de compreender como determinada situação acontece na realidade (da temática ao caso).

Com esse recorte já delimitado, o problema que se deseja investigar é: que respostas legislativas o Congresso oferece às manifestações judiciais? Esse questionamento está ligado ao desenho institucional brasileiro e a meta, então, não é avaliar se as respostas legislativas satisfazem um modelo ideal, mas verificar se e como efetivamente acontecem, no período do recorte, e que impacto têm na relação entre Congresso e STF.

Essa finalidade, pensada para o trabalho, se deve a um principal motivo: ao longo da pesquisa, pouca literatura específica foi encontrada acerca de alguns pontos que tangenciam o tema. Há muitos estudos acerca da superação legislativa, mas nem tanta construção acerca da acomodação de uma posição da Corte pelos congressistas e da inércia legislativa como formas de resposta dos parlamentares.

O trabalho foi estruturado em três partes. No capítulo 1, o objetivo é revisar a Teoria dos Diálogos Constitucionais, que embasará a análise da relação entre Legislativo e Judiciário nos capítulos seguintes. Nesse sentido, se partiu do processo de fortalecimento judicial, passando pelas questões vinculadas a Supremacia Judicial, para, por fim, detalhar os fundamentos da Teoria dos Diálogos Constitucionais.

O capítulo 2, direcionado ao cenário nacional, tem a função de tratar da interação entre Congresso e STF, da forma como descrita pela literatura, nos últimos 10 anos. Nessa parte do trabalho, avaliaremos as modalidades de respostas legislativas que o Congresso Nacional tem oferecido às decisões do STF.

Com foco na atividade de legislar, o capítulo agrupa as respostas legislativas do Congresso em três categorias: (1) situações em que o Legislativo não movimenta o processo legislativo após um posicionamento judicial (inércia legislativa); (2) situações em que o Parlamento positiva, contorna ou se adequa ao entendimento judicial, por meio de lei ou mesmo de Emenda Constitucional (acomodação legislativa) e (3) casos em que os parlamentares superam a decisão judicial, respondendo por meio do ativismo legislativo (superação legislativa).

⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

No capítulo três, o estudo de caso cuida do episódio que ficou conhecido como “esquema do orçamento secreto”. A escolha se justifica por oferecer um contexto em que a interação entre Legislativo e Judiciário é muito viva.

O capítulo passa por uma breve abordagem das noções gerais da estrutura constitucional orçamentária, pelo caso do “orçamento secreto” e pelos processos judiciais nele envolvidos. Por fim, a ideia é avaliar, dentro dessa situação emblemática, como Legislativo e Judiciário atuaram e como se deu a interação entre esses atores que colaboram na construção do sentido constitucional.

Além disso, é importante destacar desde já que a análise realizada neste trabalho é apenas uma possibilidade dentre tantas outras. Diferentes pesquisadores poderiam entender como relevantes muitos outros elementos. A escolha dos casos a serem trabalhados tanto no capítulo 2, para exemplificar a categorização das respostas legislativas, como no capítulo 3, para uma abordagem mais profunda do sistema de diálogo impôs muitos desafios à pesquisa, já que constantemente era preciso escolher alguns aspectos em detrimento de outros, o que diminui as chances de uma compreensão global, mas ajuda no recorte do estudo.

De todo modo, espera-se que esta pesquisa contribua de alguma maneira para uma melhor compreensão das possibilidades de resposta do Congresso Nacional diante de uma tese firmada pelo STF. Apesar da profunda complexidade do tema e das limitações inerentes a essa pesquisa, a intenção é traçar um panorama sobre como essa relação se constrói em suas variadas facetas.

Capítulo 1. Diálogos Constitucionais – revisão de literatura

O objetivo do capítulo é revisitar a Teoria dos Diálogos Constitucionais, que embasará a análise da relação entre Legislativo e Judiciário, na tentativa de responder, nos capítulos seguintes, a indagação: “Existe preponderância judicial nas relações institucionais entre Congresso e STF? O Legislativo responde às decisões judiciais? E, assumindo que sim, quais modalidades de condutas legislativas podem ser apontadas no Estado Democrático de Direito brasileiro? Para tanto, iniciaremos abordando a "expansão global do Judiciário"⁶ até chegarmos às interações mais específicas entre esses Poderes.

Esse capítulo se organiza em três partes. Na primeira (1.1. A curva ascendente do Poder Judiciário), a proposta é tratar do processo de fortalecimento judicial, suas principais causas e consequências. Essa base apoiará a construção do conceito de supremacia judicial, que será importante para possibilitar uma visão mais clara de como esse instituto se relaciona com a Teoria dos Diálogos, e, por fim, como essas teses se inserem no cenário nacional.

No tópico seguinte (1.2. Supremacia Judicial e outros conceitos), firmaremos conceitos em torno da Supremacia Judicial, analisando os argumentos de seus defensores e seus críticos. Já na terceira parte (1.3. Teoria dos Diálogos Constitucionais), a ideia é detalhar os fundamentos da Teoria dos Diálogos Constitucionais, sua contribuição para avaliar separação de poderes e as críticas de que a tese é alvo.

Todo esse arcabouço teórico nos oferece a base necessária para avançarmos na compreensão dessa relação dinâmica entre Parlamento e Corte e de como ela se desenrola na conjuntura nacional. Traçado o mapa que orienta nosso capítulo inicial, vamos à ascensão do Poder Judiciário.

1.1. A curva ascendente do Poder Judiciário

O Judiciário vem mudando seu *locus*, ganhando importância de forma gradativa ao longo da história e marcando presença em espaços que eram reconhecidos como

⁶ Expressão cunhada por Neal C. Tate e Vallinder Torbjorn, no estudo “The global expansion of power judicial power. TATE, C. Neal; TORBJORN, Vallinder. et al (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

das instâncias majoritárias.⁷ A proposta, nesse ponto do trabalho, é entender esse movimento de fortalecimento judicial para, mais adiante, avaliar se esse arranjo coloca as Cortes, de fato e necessariamente, acima do Legislativo.

Inicialmente, uma estrutura institucional norte-americana,⁸ a jurisdição constitucional foi se globalizando⁹ e ganhando espaço até entre países com tradição de supremacia parlamentar.¹⁰ Nesse sentido, Tom Ginsburg explica a expansão da jurisdição constitucional, utilizando a estrutura simbólica das ondas.¹¹

A primeira onda está conectada à instituição do *judicial review* nos Estados Unidos¹² (caso *Marbury v. Madison*).¹³ Ao garantir a possibilidade de a Suprema Corte

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 148.

⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. A Estrutura linguístico-discursiva inerente ao voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26: Uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul: v. 3, n. 50, p. 154-170, 2021.

¹⁰ GINSBURG, Tom. **The global spread of constitutional review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81.

¹¹ GINSBURG, T. 2008. p.82-88.

¹² Com um processo histórico diferente do americano, a Europa do século XIX via o Judiciário com extrema desconfiança, não oferecendo condições para o desenvolvimento do Controle de Constitucionalidade. A visão europeia prevalente favorecia a supremacia parlamentar e a natureza política da Constituição. O Poder Legislativo tinha o papel de assegurar as liberdades fundamentais, detendo a legitimidade democrática para barrar qualquer avanço do Poder Executivo. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 3ª. ed. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 5 e 405.

¹³ Na eleição presidencial americana de 1800, o candidato republicano, Thomas Jefferson, derrotou o adversário federalista e então presidente do país, John Adams. Após a derrota nas eleições (17 de fevereiro de 1801) e um pouco antes de encerrar o seu mandato (4 de março de 1801), John Adams nomeou aliados de seu partido político para cargos importantes a fim de estabelecer um certo controle sobre o Poder Judiciário. Em 13 de fevereiro de 1801, o Congresso aprovou uma nova lei de organização do Poder Judiciário (Judiciary Act of 1801), que reduziu o número de Ministros da Suprema Corte, conferiu ao Presidente o poder de nomear novos juízes federais e juízes de paz e alterou o número e a distribuição das cortes no país.

Após a aprovação da lei, John Adams nomeou seus aliados para os cargos de juízes federais e juízes de paz, além de nomear como presidente da Suprema Corte seu Secretário de Estado, John Marshall. As indicações para os cargos de juízes de paz foram aprovadas pelo Senado e o Presidente Adams assinou os termos de investidura, cabendo, por fim, ao secretário de Estado, John Marshall, entregar os diplomas aos investidos. Em razão do curto período até o fim do mandato de John Adams, muitos diplomas não foram entregues aos interessados. Quando Thomas Jefferson assumiu a presidência do país, essas nomeações não foram reconhecidas e o novo Secretário de Estado, James Madison, não entregou os diplomas de investidura para os juristas nomeados por Adams, impossibilitando-os de assumir os cargos e exercer as suas funções.

Entre os juízes de paz nomeados e não diplomados a tempo encontrava-se William Marbury, que provocou a Suprema Corte, requerendo o reconhecimento da sua nomeação e a entrega do seu diploma. A Corte Constitucional entendeu que havia um conflito entre o Judiciary Act e a Constituição dos Estados Unidos (Artigo III) e esse conflito era preliminar relevante no caso concreto em discussão.

O Tribunal firmou, nesse julgado histórico, a um só tempo, a Supremacia Constitucional e a Supremacia Judicial, declarando que não haveria sentido em se adotar uma Constituição escrita se seus limites fossem desconsiderados. O texto constitucional, ocupando o lugar de lei suprema, seria imodificável através de meios ordinários como os que estão à disposição do Poder Legislativo, enfim, os atos contrários à Constituição devem ser considerados nulos, desprovidos de autoridade e de efeitos vinculantes e quem tem a capacidade institucional de avaliar a compatibilidade do ato legislativo com a Constituição, bem como de declarar a nulidade do ato incompatível é o

reconhecer a incompatibilidade da lei com a Constituição, se firma o pressuposto da Supremacia Constitucional,¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶ mas não só. Junto ganham potência a natureza “legal” da Constituição (deixa de ser um simples documento político)¹⁷, a soberania popular e a separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos.¹⁸ A Constituição passa a ser vista como norma jurídica e a ser utilizada como parâmetro para que o Judiciário anule leis e atos normativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo.¹⁹

A segunda onda está ligada ao período²⁰ e aos movimentos posteriores à II Guerra Mundial,²¹⁻²² em um cenário que levou à positivação dos direitos fundamentais nas Constituições e em tratados internacionais²³ e à potencialização do Controle de Constitucionalidade, com a função de proteger tanto a Constituição (enquanto norma suprema e de aplicação obrigatória), quanto os direitos nela previstos.²⁴⁻²⁵

Poder Judiciário. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** (p. 108). Editora Saraiva. Edição do Kindle.

¹⁴ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. 2015. p. 76.

¹⁵ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norteamericana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** – Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 1ª reimp., 2011.

¹⁶ A legitimação do sistema de controle de constitucionalidade contou com o respaldo de “Os artigos Federalistas” que, no fim do século XVIII, defendiam a anulação pelo Judiciário de normas aprovadas pelo Legislativo contrárias à Constituição. O Judiciário atuaria como intermediário entre o povo e o Legislativo, mantendo o Parlamento dentro dos limites delineados pela Constituição. Isso não implicaria a superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, mas apenas garantiria que a vontade do povo, expressa na Constituição, seria preservada. HAMILTON, Alexander (1993). Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In.: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral.** – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 478-487, Artigo LXXVIII. p. 481.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERG**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.

¹⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 405.

¹⁹ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. 2015. p. 76.

²⁰ O segundo momento da expansão do instituto da revisão judicial está ligado a teoria de Hans Kelsen, que influenciou a Europa, notadamente após a II Guerra Mundial. Kelsen defendia a formação de Cortes Constitucionais para dar uma interpretação final do texto constitucional e proteger direitos fundamentais, limitando o poder das legislaturas. Nesse sentido, os Tribunais constitucionais, agindo como um legislador negativo, teriam a capacidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, com o poder de retirar, do ordenamento jurídico, uma norma aprovada pela maioria legislativa e que esteja em desconformidade com a Constituição. Tom Ginsburg, em 2008, esclarece que 158 das 191 ordens constitucionais preveem algum mecanismo formal de judicial review. GINSBURG, T. 2008. p.81.

²¹ Esses movimentos se relacionam ao processo de redemocratização de países que estiveram sob a influência de regimes fascistas na Europa, como a Alemanha e Itália e com o movimento de emancipação de colônias como a Índia e diversos países africanos. BRANDÃO, R., 2022. p. 4.

²² CARVALHO, Ernani Rodrigues. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Rev. Sociol. Polit.** 2007, n.28, p.171.

²³ BRANDÃO, R., 2022. p. 4.

²⁴ TATE, C. Neal et al (Ed.). **The global expansion of judicial power.** New York:New York University Press, 1995.

²⁵ Tom Ginsburg, em 2008, esclarece que 158 das 191 ordens constitucionais preveem algum mecanismo formal de judicial review. GINSBURG, T. 2008. p.81.

O fenômeno que se seguiu foi o da conexão entre democracia²⁶⁻²⁷⁻²⁸ e constitucionalismo, com a limitação do poder político das maiorias por meio das Cortes que passaram a ter a função contramajoritária, ou seja, impedir que princípios e direitos básicos sejam alterados pela vontade da maioria eleita.²⁹

A terceira onda está localizada nas duas últimas décadas do século XX, marcadas pela democratização na América Latina e nos países africanos, pela ascensão de democracias constitucionais no Leste Europeu³⁰ e pela queda do Muro de Berlim.³¹⁻³² Nesse terceiro momento, o que se observa é a ampliação vigorosa da revisão judicial (tanto na modalidade difusa, quanto concentrada). Esse processo vai solidificando a associação entre os direitos fundamentais, a estratégia de constitucionalização desses direitos e sua salvaguarda por meio do Judiciário.³³

A inclusão dos direitos nos textos constitucionais expande o campo de atuação das Constituições e deixa confusas as fronteiras entre o direito e a política.³⁴⁻³⁵ A Constituição, ocupando uma posição central, influencia os valores, o sentido e a

²⁶ O recorte da pesquisa não comporta maiores detalhamentos acerca das múltiplas formas de se conceber democracia. Destaca-se, no entanto, que tanto as Teorias da última palavra, quanto a Teoria dos Diálogos demandam uma moldura institucional mínima que é pressuposta ao discutirmos a função do Legislativo e do Judiciário. Para o professor Conrado Hubner, esse mínimo necessário envolve uma Constituição e uma carta de direitos somada a alguma prática de controle de constitucionalidade. MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008. p. 44.

²⁷ (...) o termo (democracia) é, na verdade, empregado plausivelmente com sentidos diversos e, mesmo antagônicos, sem que disso nos demos conta. Basta que recordemos que, na modernidade, todos os regimes ditatoriais sempre se afirmaram e se afirmam ou diretamente democráticos, ou como condição preparatória inafastável da democracia. NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun 2002. p. 70.

²⁸ Podemos acolher a noção de democracia no sentido abordado pelo professor Francisco de Castilho Prates: “(...) enquanto as cartas estiverem na mesa, sem desconsiderar os riscos, sempre presentes, de instrumentalização e abuso, o sentido de democracia constitucional estará aberto a disputas, admitindo um potencial compartilhamento de *compromissos* historicamente construídos, os quais gravitam em torno do reconhecimento da diversidade e do pluralismo, em que o silenciamento, a invisibilidade e a exclusão não podem ser a regra, nem serão naturalizados, por não serem justificáveis dialógica e discursivamente em arenas públicas abrangentes, sob pena de negarmos a própria abertura constitutiva do projeto democrático que assumimos. PRATES, Francisco de Castilho. **Um ensaio sobre a relação geracional entre democracia e constitucionalismo**: algumas notas exploratórias. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p.4.

²⁹ ARANTES, Rogério B. e COUTO, Cláudio G. **A Constituição sem Fim**. In. S. Dinize S. Praça (orgs.), Vinte Anos de Constituição. São Paulo, Paulus, 2008, pp. 31-60.

³⁰ BRANDÃO, R., 2022. p. 4.

³¹ GINSBURG, T. 2008. p.82-88.

³² Uma descrição mais detalhada pode ser encontrada em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Controle de constitucionalidade e democracia**: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição Constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 75-76.

³³ GINSBURG, T. 2008. p.89.

³⁴ BARROSO, L. R. 2012. p. 5.

³⁵ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51. 2004. p.80.

validade dos atos infraconstitucionais.³⁶ O resultado foi o aumento do âmbito do Judiciário,³⁷ com o deslocamento da decisão de questões centrais da política para as Cortes.^{38,39}

Embora esse processo de ampliação dos poderes judiciais⁴⁰ seja mundial,⁴¹ não é uniforme⁴² e, apesar das características peculiares de cada localidade, podem ser apontadas algumas circunstâncias comuns que favoreceram o fenômeno.⁴³

Entre as inúmeras condições, que favoreceram o fortalecimento do Judiciário, muitas delas já mencionadas na descrição histórica de Ginsburg, foram selecionadas aquelas que, além de contribuir para a ampliação da zona de atuação judicial,⁴⁴ também, se vinculam à Teoria dos Diálogos.

Uma primeira circunstância a ser evidenciada é a democracia.⁴⁵⁻⁴⁶ Em geral, a ampliação da atuação judicial (a implementação do controle de constitucionalidade ou

³⁶ BARROSO, L. R. 2020. Kindle posições 430-431.

³⁷ Barroso elenca casos que atestam a judicialização da política no mundo e que exemplificam a fluidez da fronteira entre direito e política na contemporaneidade: nos Estados Unidos da América, as eleições presidenciais de 2000 – Bush v. Gore – foram definidas por uma decisão da Suprema Corte; em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade entre a Constituição e a construção do muro na fronteira com a Palestina; na Turquia, o Judiciário foi provocado a decidir sobre o avanço do fundamentalismo islâmico e a preservação do estado laico; na Hungria, a Corte Constitucional tomou uma importante decisão sobre um plano econômico de grande repercussão social; enquanto na Coreia do Sul, a Suprema Corte anulou a decisão de um impeachment presidencial, restituindo o presidente ao cargo. BARROSO, L. R. 2012. p. 5.

³⁸ TATE, C. N. 1995.

³⁹ “O Supremo Tribunal Federal tem decidido, como nunca, questões políticas importantes, como definição do rito do processo de impeachment do Presidente da República e da constitucionalidade de emendas constitucionais. Bem como questões moralmente complexas como o exame da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, a tipicidade penal do aborto de fetos anencéfalos.” BRANDÃO, R., 2022. p. 6-7.

⁴⁰ LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; GONÇALVES, Ítalo Reis. **Sobre separação de poderes e judicialização da política**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES; David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 164.

⁴¹ SADEK, M. T. 2004. p.81.

⁴² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol. 06, nº 02. p. 119.

⁴³ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁴⁴ LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; GONÇALVES, Ítalo Reis. **Sobre separação de poderes e judicialização da política**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES; David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 164.

⁴⁵ O recorte da pesquisa não comporta maiores detalhamentos acerca das múltiplas formas de se conceber democracia. Destaca-se, no entanto, que tanto as Teorias da última palavra, quanto a Teoria dos Diálogos demandam uma moldura institucional mínima que é pressuposta ao discutirmos a função do Legislativo e do Judiciário. Para o professor Conrado Hubner, esse mínimo necessário envolve uma Constituição e uma carta de direitos somada a alguma prática de controle de constitucionalidade. MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008. p. 44.

⁴⁶ (...) o termo (democracia) é, na verdade, empregado plausivelmente com sentidos diversos e, mesmo antagônicos, sem que disso nos demos conta. Basta que recordemos que, na modernidade, todos os regimes ditatoriais sempre se afirmaram e se afirmam ou diretamente democráticos, ou como condição preparatória inafastável da democracia. NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para

a melhoria do seu instrumental) é precedida por um processo de democratização.⁴⁷⁻

⁴⁸ Ainda que as conclusões acerca dos benefícios dessa conexão sejam objeto de debate,⁴⁹⁻⁵⁰ é possível se verificar uma convergência entre a expansão da democracia e a ampliação do controle de constitucionalidade.⁵¹

Em outras palavras, apesar de a jurisdição constitucional ser, frequentemente, apontada como antidemocrática,⁵²⁻⁵³ sua ampliação está enlaçada à difusão da democracia e, embora seja possível se sustentar regimes democráticos sem supremacia judicial,⁵⁴ em geral, “democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário.”⁵⁵⁻⁵⁶

Nessa toada, Rodrigo Brandão esclarece, amparado no trabalho de Ginsburg, que nos processo de democratização,⁵⁷⁻⁵⁸ quanto mais pulverizado o poder político

uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun 2002. p. 70.

⁴⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. P. 31-32.

⁴⁸ Na realidade brasileira, o Ato Institucional nº 5, lavrado no auge da repressão ditatorial, suspendeu as garantias que sustentam a independência dos magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade) e aposentou compulsoriamente três ministros do STF. O Tribunal foi, na prática, emudecido com esses atos, que, somados com o fechamento do Congresso Nacional, mantiveram a arena institucional inativa por um bom tempo. RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018 (Coleção Arquivos da Repressão no Brasil/coordenadora Heloísa M. Starling). P. 47.

⁴⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Faculty Scholarship Series**. 169. 2007, p. 373-433. Disponível em: <https://bit.ly/31v3UF5>. Acesso em: 13.06.2022. p. 374-375.

⁵⁰ BUNCHAFT, M. E. 2021. P. 155.

⁵¹ Em contextos de transição de um regime autoritário para um democrático, o uso do constitucionalismo aliado a uma corte constitucional restringindo o poder da autoridade democrática, pode contribuir para a própria estabilização da democracia constitucional, facilitando o processo de transição para uma cultura democrática e de respeito a direitos, assim como para evitar a dominação de um partido político exclusivo. ISSACHAROFF, Samuel. **The Democratic Risk to Democratic Transitions**. Constitutional Court Review (South Africa), Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-53, 2013. p. 14-20.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

⁵³ “No Brasil redemocratizado, a judicialização da política é resultado de e condensa em si alguns dos principais perigos para a concretização do projeto democrático da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, é inegável que a interferência de juízes e tribunais em controvérsias políticas e morais possa representar um respiro perante as tentativas pontuais (às vezes, nem tão pontuais assim) de asfixia dos direitos e das garantias fundamentais. Ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional limita a participação política popular e promove a preservação hegemônica, ela também possibilita a salvaguarda de alguns dos mais caros sustentáculos que suportam a democracia nacional.” LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 170.

⁵⁴ MENDES, C. H. 2008. p. 90.

⁵⁵ BRANDÃO, R., 2022. p. 94.

⁵⁶ O professor Conrado Hubner sustenta “a ideia de que a revisão judicial tem uma missão constitutiva da própria democracia a cumprir.” MENDES, C. H. 2008. p. 57.

⁵⁷ BRANDÃO, R., 2022. p. 94.

⁵⁸ SADEK, M. T. 2004. p.79.

(alternância no poder⁵⁹, a separação de poderes⁶⁰ e o federalismo⁶¹), maior é o campo que se abre para que esse poder seja objeto de disputa.⁶²⁻⁶³

A função de mediar essas disputas entre as agências estatais e oferecer uma resposta que permita a pacificação social⁶⁴ é, em geral, atribuída ao Poder Judiciário.⁶⁵⁻⁶⁶ E assim, com a diluição do poder potencializando o surgimento dos conflitos, os tribunais podem ter seu espaço de atuação ampliado.⁶⁷⁻⁶⁸ Enfim, a identificação de

⁵⁹ Tom Ginsburg, aponta que a existência de uma cultura de direitos ou em um arranjo de poder pulverizado não seriam os pontos determinantes. Para o autor existe uma correspondência entre incerteza eleitoral e o fortalecimento do Poder Judiciário (Tese do seguro eleitoral), pois que agentes políticos, em disputa em uma democracia, têm consciência do risco de derrota eleitoral e, em razão disso, apostam na constitucionalização e na judicialização, como forma de evitar prejuízos maiores em caso de uma derrota. GINSBURG, T. 2008. p. 211/212.

⁶⁰ ACKERMAN, Bruce. **The rise of word constitutionalism**. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n.3, 1997. p. 14.

⁶¹ ACKERMAN, B. 1997. p. 04.

⁶² Para informações acerca do debate relativo às dificuldades de limitação institucional da função jurisdicional ver LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; GONÇALVES, Ítalo Reis. **Sobre separação de poderes e judicialização da política**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES; David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). *Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni*. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 165-169.

⁶³ Rodrigo Brandão alerta para o fato de que uma das consequências do fracionamento de poder é dificultar a reunião das instâncias representativas em torno de uma posição comum para que se confronte uma decisão judicial em questões sociais, morais e políticas controvertidas e essa barreira contribui para consolidar a supremacia judicial. BRANDÃO, R., 2022. p. 95.

⁶⁴ SADEK, M. T. 2004. p.80.

⁶⁵ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 377 e 378.

⁶⁶ Essa função do Judiciário, não sustenta, necessariamente a ideia de última palavra judicial, vez que a separação de poderes pressupõe interações constantes que concorrem para a construção do sentido da Constituição. Nesse sentido, a pergunta do professor Francisco de Castilho Prates “será que apenas hoje ou ‘o constitucional’ está em disputa? Ou será que essa disputa recebeu, paulatinamente, mais luzes, inclusive em razão da incidência de toda uma tecnologia sem precedentes que potencializa e amplifica os debates? PRATES, Francisco de Castilho. **Constituição em disputa: notas a partir de uma Teoria Crítica da Constituição e da experiência estadunidense**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES; David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). *Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni*. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 133.

⁶⁷ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁶⁸ SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 122/123.

um Judiciário forte e independente⁶⁹ parece ser uma característica que aparece na maioria das democracias modernas.⁷⁰⁻⁷¹⁻⁷²

Uma segunda circunstância, que merece destaque, está ligada a posição da Constituição no ordenamento jurídico e as condições de interpretação do texto constitucional. A valoração da Constituição como norma jurídica obrigatória⁷³ e a autoaplicabilidade dos seus dispositivos alteram a configuração do sistema normativo,⁷⁴ colocando a norma constitucional no centro dessa construção.

Essa autonomia da Constituição⁷⁵ caracteriza tanto as regras, quanto os princípios e, assim, inclui as partes mais fluidas no Texto Maior.⁷⁶ Dessa forma, o Judiciário passa a aplicar até a parte mais principiológica da Constituição,⁷⁷ firmando a capacidade de interpretar todo tipo de dispositivo constitucional.⁷⁸ A centralidade da Constituição e essa nova condição interpretativa também contribuíram para alargar a esfera de atuação dos magistrados.⁷⁹

A terceira condição a ser sopesada envolve a intensa constitucionalização de garantias,⁸⁰ com a adoção de um catálogo amplo de direitos fundamentais e de mecanismos destinados a assegurar sua eficácia⁸¹ (surgimento de uma cultura

⁶⁹ Para Tom Ginsburg, o fortalecimento do Poder Judiciário está vinculado a um processo, é gradual. As Cortes Constitucionais “preferem ser cuidadosas para estabelecer os seus poderes; elas devem considerar as preferências de outros atores políticos no sistema e a possibilidade de reversão [de suas decisões]. O poder do Judiciário deve ser construído gradativamente.”. GINSBURG, 2003, p. 71

⁷⁰ Essa visão é problematizada por alguns autores, como podemos apreender no seguinte trecho “No Brasil redemocratizado, a judicialização da política é resultado de e condensa em si alguns dos principais perigos para a concretização do projeto democrático da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, é inegável que a interferência de juízes e tribunais em controvérsias políticas e morais possa representar um respiro perante as tentativas pontuais (às vezes nem tão pontuais assim) de asfixia dos direitos e das garantias fundamentais. Ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional limita a participação política popular e promove a preservação hegemônica, ela também possibilita à salvaguarda de alguns dos mais caros sustenta creme sustentáculos que suportam a democracia nacional.” LIMA, M. M. B. GONÇALVES, I. R. 2022. p. 170.

⁷¹ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 460.

⁷² Para uma abogadagem que concilia a revisão judicial com a democracia ver ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**. Issue 2. Abril de 2006. p. 348.

⁷³ “Na América, portanto, a constituição pode variar, mas enquanto existe é a origem de todos os poderes. A força predominante reside apenas nela. É fácil ver em que essas diferenças devem influir sobre a posição e sobre os direitos do corpo judiciário nos três países que citei.” TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Editora Martins fontes. 2005. p. 114.

⁷⁴ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 377.

⁷⁵ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 122.

⁷⁶ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 478.

⁷⁷ BRANDÃO, R., 2022. p. 108-110.

⁷⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 109-110.

⁷⁹ SARMENTO, ; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

⁸⁰ SADEK, M. T. 2004. p. 80.

⁸¹ A existência de um catálogo de direitos fundamentais facilita a expansão judicial, mas não é essencial. Maiores detalhes em TATE, C. Neal et al (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. P. 28.

política de direitos fundamentais).⁸² A maior dimensão do rol de direitos constitucionais,⁸³ estende também o campo disponível para atividade judicial, principalmente das Cortes Constitucionais,⁸⁴ que, em geral, ostentam a condição de protetoras do Texto Maior e, como consequência, dos direitos nela inseridos.⁸⁵

O quarto aspecto, que entra nessa ponderação, se relaciona a implementação e a ampliação dos sistemas de Controle de Constitucionalidade.⁸⁶ O *judicial review* permite a alteração do resultado⁸⁷ do processo decisório coletivo do Poder Legislativo, por parte do Judiciário,⁸⁸ inserindo o Tribunal na seara das escolhas políticas que antes ficavam apenas a cargo do Parlamento.⁸⁹⁻⁹⁰

Por último, podemos citar uma quinta condição, vinculada à escolha dos poderes políticos de concederem um campo mais amplo para a atividade judicial. Quando a questão é muito controversa no seio da sociedade, deixá-la em aberto e ceder lugar para a atuação do Judiciário, pode ser mais estratégico e provocar um desgaste menor⁹¹⁻⁹² com maiorias consistentes ou setores políticos e econômicos influentes, que podem não chancelar o sentido normativo escolhido pelos legisladores.⁹³

Para as teorias estratégicas,⁹⁴ o Judiciário é “o mais frágil dos poderes”, já que depende dos demais, inclusive para execução de suas decisões. Logo, seria difícil

⁸² TATE, C. N. 1995. p. 28.

⁸³ “(...) a maior parte destas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional não corresponde a documentos sintéticos, que se limitam a organizar o exercício do poder político e a garantir alguns direitos individuais, como ocorre nos Estados Unidos. São constituições mais ambiciosas, que incorporam direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, direitos do trabalhador, família e cultura.” SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 122.

⁸⁴ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 122-123.

⁸⁵ SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. 2015. p. 76.

⁸⁶ ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. Sistema político brasileiro: uma introdução. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 30.

⁸⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 1.810-1811.

⁸⁸ CARVALHO, E. R. 2007. p.161.

⁸⁹ CARVALHO, E. R. 2007. p.162.

⁹⁰ “O mais difícil para um estrangeiro compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.” TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 111.

⁹¹ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 132.

⁹² BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁹³ MAYHEW, D. R. 1974.

⁹⁴ MENDES, C. H. 2008. p. 182-183.

para os magistrados ampliarem seu papel político sem o consentimento dos demais agentes de poder.⁹⁵⁻⁹⁶

Esse argumento retira o foco da ideologia, do arranjo institucional, da cultura de direitos e ilumina a questão dos interesses de grupos políticos e dos conflitos sociais, econômicos e políticos do ambiente social.⁹⁷

Nesse contexto, a expansão judicial seria desejável e permitida pelos demais poderes,⁹⁸ também pelo fato de a via judicial passar a se ser mais uma opção para uma nova rodada procedimental, quando se perde no campo político.⁹⁹

No Brasil,¹⁰⁰ até 1988, as condições não se mostraram favoráveis ao desenvolvimento da Supremacia Constitucional ou da Supremacia Judicial.¹⁰¹⁻¹⁰² A soberania popular, a previsão do controle de constitucionalidade e a independência do Judiciário aparecem apenas com o início do período republicano.¹⁰³

O controle de constitucionalidade, previsto no Decreto nº 848, de 11 de outubro 1890¹⁰⁴, foi mantido nas demais Constituições.¹⁰⁵ O modelo adotado, inicialmente, foi o Difuso (inspirado no norte-americano¹⁰⁶) e a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle abstrato de matriz austríaca e kelseniana, formando um complexo sistema misto.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade foi profundamente modificado com a Constituição de 1988.¹⁰⁹⁻¹¹⁰ Nesse sentido, podem ser apontados,

⁹⁵ GINSBURG, T. 2008. p. 211/212.

⁹⁶ Alexander Hamilton afirmava que o Judiciário seria “o menos perigoso dentre os Poderes”, pois não tem a “espada nem a chave do cofre.” HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78, p. 469/477.

⁹⁷ HIRSCHL, R. 2007. p. 38.

⁹⁸ BARROSO, L. R. Kindle. p. 460.

⁹⁹ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 123.

¹⁰⁰ Uma visão detalhada da trajetória histórica do controle e constitucionalidade no Brasil pode ser encontrada em STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰¹ BRANDÃO, R., 2022. p. 33.

¹⁰² “Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, aliás, falar em “Supremocracia” provavelmente teria gerado perplexidade. De um lado, cientistas políticos em larga medida se sentiam confiantes para explicar o sistema político do país praticamente sem qualquer referência à atuação desse ilustre desconhecido, o Supremo. De outro lado, juristas que defendiam modelos mais agressivos de atuação judicial se viam frustrados pela reticência dos ministros em utilizar poderes que a Constituição tinha expressamente colocado à sua disposição.” ARGUELHES, D. W. RIBEIRO, L. 2016. p. 406.

¹⁰³ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 123.

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Coleção das Leis do Império. Acesso em 03.01.2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm

¹⁰⁵ STRECK, L. L. 2018. p. 146/147.

¹⁰⁶ STRECK, L. L. 2018. p. 148.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 60-66.

¹⁰⁸ STRECK, L. L. 2018. p. 164.

¹⁰⁹ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

¹¹⁰ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

pelo menos, três aspectos que ampliaram a atuação judicial pela via do Controle de Constitucionalidade:¹¹¹ a legitimidade¹¹²⁻¹¹³ para apresentar, ao Judiciário, as ações de Controle de Constitucionalidade,¹¹⁴⁻¹¹⁵ o número de ações que possibilita a provocação da Corte¹¹⁶⁻¹¹⁷⁻¹¹⁸ e os tipos de atos que podem ser objeto de impugnação.¹¹⁹

Durante os períodos antidemocráticos¹²⁰ (1930-1945 e 1964-1988¹²¹), as ações do governo não eram limitadas ou guiadas pela Constituição¹²² e, nesse ambiente, não houve espaço para uma maior atuação dos Tribunais.¹²³

A Constituição de 1988 ostenta uma combinação de características que contribui para a consolidação da centralidade de seu texto¹²⁴ e também para o fortalecimento do papel do Judiciário.¹²⁵⁻¹²⁶

Os fatores ligados ao desenho constitucional colaboram para o protagonismo crescente do Supremo no período pós-88, contudo são insuficientes para explicar muitas das variações no seu papel, principalmente a partir dos anos 90.¹²⁷

¹¹¹ BRANDÃO, R., 2022. p. 100.

¹¹² MENDES, G. F. 2014, p. 47.

¹¹³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

¹¹⁴ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

¹¹⁵ FERNANDES, B. G. 2020. p. 1.887-1891.

¹¹⁶ FERNANDES, B. G. 2020. p. 1.837-1838.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1.173.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

¹¹⁹ Para uma análise detalhada acerca dos objetos da ADI ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 1.869-1887.

¹²⁰ Uma descrição detalhada dos períodos antidemocráticos no Brasil pode ser encontrada em STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 146 – 167.

¹²¹ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posições 391 - 393.

¹²² Nos capítulos democráticos da história do Brasil pré-1988 (1891/1930 e 1946/1988) reinou grande instabilidade política e a autoridade das decisões judiciais era constantemente assombrada pelas investidas das forças militares que se apresentavam como garante da ordem pública. Assim, os pedidos daqueles que eram considerados inimigos da República, como operários muito atuantes, anarquistas, socialistas e comunistas eram continuamente negados pelo STF. BRANDÃO, R., 2022. p. 408.

¹²³ BRANDÃO, R., 2022. p. 408.

¹²⁴ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 458.

¹²⁵ “Pode-se dizer que o STF foi transformado por adição, na medida em que o resultado desses acréscimos e expansões de competências foi um tribunal de natureza marcadamente distinta de suas encarnações constitucionais anteriores. (...) acrescentou-se uma série de novos poderes e tarefas à estrutura já existente.” ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 409-410.

¹²⁶ Ainda assim, nos primeiros anos de vida da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, “por mais contraintuitivo que isto possa soar”, tendia a fornecer uma interpretação extremamente restritiva na demarcação de exercício de suas próprias competências. Leal, Fernando. **“A Constituição diz o que eu digo que ela diz”**: Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 100, jul./dez. 2018.

¹²⁷ ARGUELHES, D. 2014. P. 25.

Apesar de a Constituição de 1988 ter ampliado significativamente as competências do STF, alguns desses poderes foram interpretados, pela Corte, de forma mais restritiva, no início dessa fase democrática.¹²⁸⁻¹²⁹ Entretanto, observa Fernando Leal, também pela via interpretativa, o Supremo, após os anos 90, foi alterando esse arranjo e se firmando como órgão relevante na estrutura nacional.¹³⁰

Desse modo, enfatiza, Diego Werneck, é preciso se levar em conta as próprias disposições e preferências dos ministros sobre como exercer as suas competências e lidar com os limites que a Constituição lhes impõe.¹³¹ Em outras palavras, a leitura que a Corte faz de seus poderes atua em conjunto com as variáveis externas, moldando um ambiente de maior ou menor performance judicial.¹³²

Nesse sentido, a instauração de um ambiente institucional democrático,¹³³ a descentralização do poder político,¹³⁴ a constitucionalização ampla¹³⁵ e as escolhas interpretativas da Corte acerca de seus poderes¹³⁶ são alguns dos fatores que terminaram por incentivar, no âmbito nacional, a solução judicial de disputas entre agentes políticos.¹³⁷ Essa combinação tem reforjado o sistema com uma jurisdição constitucional que importa¹³⁸ e com um Judiciário cada vez mais presente na estrutura política do país.¹³⁹

1.2. Supremacia Judicial e outros conceitos

O propósito deste tópico é firmarmos alguns conceitos em torno de Supremacia Judicial e passarmos pelos aportes teóricos de defesa desse instituto e das críticas

¹²⁸ ARGUELHES, D. 2014. P. 27.

¹²⁹ LEAL, F. 2018. p .118.

¹³⁰ LEAL, F. 2018. p .119.

¹³¹ ARGUELHES, D. 2014. P. 27.

¹³² LEAL, F. 2018. p .119.

¹³³ “A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nas últimas décadas, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.” BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posições 398-399.

¹³⁴ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. 124.

¹³⁵ A Constituição brasileira de 1988 levou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo característico dos processos de redemocratização, incorporando ao máximo o paradigma normativo. Efetivamente, além de garantir os direitos individuais, típicos do liberalismo, consagrou uma ampla gama de direitos sociais e coletivos e definiu metas. Trata-se de texto essencialmente programático, com os direitos e deveres individuais e coletivos aparecendo antes mesmo da organização do Estado. SADEK, M. T. 2004. P. 80.

¹³⁶ “Longe de serem vítimas, espectadores ou simples convidados, os Ministros do STF precisam ser encarados como agentes do processo de construção e transformação do poder do tribunal.” ARGUELHES, D. 2014. P. 27.

¹³⁷ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

¹³⁸ ARGUELHES, D. 2014. p. 26.

¹³⁹ BRANDÃO, R., 2022. p. 40.

de que ele costuma ser alvo. Os contornos mais precisos acerca de Supremacia vão nos permitir um comparativo mais eficaz desse instituto com a Teoria dos Diálogos, para entender como essas teses se inserem no cenário nacional. Afinal, estamos mais próximo da Supremacia Judicial ou da Teoria dos Diálogos?

Alexis de Tocqueville¹⁴⁰ (1805 a 1859), tratando da realidade americana, afirma que, com o desenho que estava se construindo, em termos de separação dos poderes, as disputas no campo moral e político passariam a ser também encaradas como questões judiciais, transferindo-se para as mãos dos magistrados o deslinde dessas controvérsias.

Em sua obra “A Democracia na América”, Tocqueville toca em uma temática muito atual: as consequências do fortalecimento do Poder Judiciário. Mas como definir supremacia judicial? Essa tarefa não é simples, pois existem muitos conceitos relacionados¹⁴¹ e nem sempre suas definições são unânimes.

O trajeto escolhido foi o de tratarmos, primeiramente, da supremacia constitucional e da jurisdição constitucional, após passaremos aos institutos da judicialização e judicialização da política para, por fim, chegarmos aos apontamentos acerca da supremacia judicial. As definições são apresentadas de forma breve, sem qualquer pretensão de esgotar as discussões que circundam o tema e destacando-se os pontos que possuem interface com o foco do trabalho.

1.2.1. Firmando Conceitos

O modelo de Estado Legislativo de Direito,¹⁴² hegemônico na maioria das nações até o final da II Guerra Mundial¹⁴³, foi cedendo lugar, como vimos na perspectiva histórica oferecida por Ginsburg, ao Estado Constitucional de Direito.¹⁴⁴

Nessa modalidade de Estado, a Constituição passa de documento político a documento jurídico¹⁴⁵ e, portanto, disciplina o processo legislativo, delimita seu conteúdo, estrutura garantias fundamentais e impõe obrigações ao Poder Público.¹⁴⁶⁻

¹⁴⁰ TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 111-117.

¹⁴¹ MENDES, C. H. 2008. P. 55.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro Del Estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 14-17

¹⁴³ CARVALHO, E. R. 2007. pp.162.

¹⁴⁴ GINSBURG, T. 2008. p.82-88.

¹⁴⁵ BARROSO, L., 2022, p. 3.

¹⁴⁶ FERNANDES, B. G. 2020. p. 75.

¹⁴⁷ Desse modo, a Supremacia Constitucional¹⁴⁸⁻¹⁴⁹⁻¹⁵⁰ vai se firmando e permite o avanço da jurisdição constitucional.¹⁵¹

A jurisdição constitucional¹⁵²⁻¹⁵³⁻¹⁵⁴ abarca, na definição de Barroso “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”¹⁵⁵

Para Lênio Streck, “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à jurisdição constitucional)”¹⁵⁶

¹⁴⁷ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. posição 108.

¹⁴⁸ Não há, necessariamente, identidade entre a supremacia judicial e a supremacia constitucional. Essa concepção coloca as decisões das Cortes como reveladoras do sentido da Constituição e menospreza o movimento de interpretação constitucional fora das Cortes. Traz o efeito prático de imunizar as decisões do STF de crítica ou de correção. BRANDÃO, R., 2022. p. 412.

¹⁴⁹ Sobre a diferença entre supremacia constitucional e supremacia judicial ver GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Curitiba, 2015. P. 76.

¹⁵⁰ BARROSO, L., 2022, p. 4.

¹⁵¹ O termo jurisdição constitucional pode ter mais de um sentido a depender do marco teórico adotado. Pode-se entender que a jurisdição constitucional engloba todos os litígios que envolvem matéria constitucional. Diz as pretensões fundamentadas em normas formalmente constitucionais. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho constitucional*. Madri: Tecnos, 1965, p. 508. Pode-se entender também que a jurisdição constitucional envolve critérios formais e surge com a atribuição da competência da solução de conflitos constitucionais a um Tribunal. Essa concepção processual é inspirada na obra de Kelsen. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: del Rey, 2002, p. 23; KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-155. Na busca de conciliar critérios formais e materiais, José Alfredo de Oliveira Baracho e José Adércio Sampaio concebem a jurisdição constitucional como atividade jurisdicional com o objetivo de verificar a concordância das normas infraconstitucionais com a Constituição e a consequente declaração de inconstitucionalidade e inaplicabilidade. Nessa dissertação, o conceito adotado é o elaborado por Luís Roberto Barroso. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: del Rey, 2002, p. 23; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 98; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 545.

¹⁵² “O termo jurisdição constitucional pode ter mais de um sentido a depender do marco teórico adotado. Em regra, as correntes definem a jurisdição constitucional em razão de critérios materiais ou formais. Para primeira concepção, a jurisdição constitucional abarcaria todos os litígios que envolvem matéria constitucional, ou seja, todos os conflitos decorrentes da atividade das instituições constitucionais e seus processos resolutivos. Já para a segunda, que abarcaria critérios formais, a jurisdição constitucional surge quando a guarda da Constituição é atribuída a um Tribunal com esta competência específica, logo ela seria aquela prestada por um órgão especializado e com competência para a solução de conflitos constitucionais.” BRANDÃO, R. 2022.

¹⁵³ “Ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional limita a participação política popular e promove a preservação hegemônica, ela também possibilita a salvaguarda de alguns dos mais caros sustentáculos que suportam a democracia nacional. É exatamente esse caráter dual do fenômeno usurpador e democrático que garante a judicialização da política tamanha complexidade e demanda que sua investigação ocupe posto nuclear em qualquer discussão acerca do Direito, Política e Democracia que pretenda explorar as nuances da proposta constitucional brasileira.” LIMA, M. M. B. GONÇALVES, I. R. 2022. p. 170.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 122-124 e 205.

¹⁵⁵ BARROSO, L., 2019. Kindle. posições 458-459.

¹⁵⁶ STRECK, L. L. 2014. p. 589.

Nesse contexto, é possível afirmar que a expansão da jurisdição constitucional potencializou o fenômeno da judicialização,¹⁵⁷ ao abrir novas frentes que permitem a provocação da manifestação judicial.¹⁵⁸

A judicialização seria a tendência de escolha do foro judicial para a resolução de conflitos¹⁵⁹ e, nessa mesma linha, a judicialização da política pode ser entendida como a transferência da capacidade de determinar questões envolvendo políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Judiciário.^{160_161_162}

A expressão “judicialização da política” apareceu na publicação da obra “The Global Expansion of Judicial Power”, organizada por C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder.¹⁶³

Para Hirschl, a judicialização da política é uma predisposição vinculada a Supremacia Judicial, que entrega aos Tribunais o enfrentamento de dilemas no campo moral, vinculados à política pública e às controvérsias políticas. Com os mecanismos institucionais do controle de constitucionalidade, Cortes ao redor do mundo são chamadas a resolver questões relacionadas “a extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental.”¹⁶⁴

Paulatinamente, a feitura e a execução das políticas públicas,¹⁶⁵ que tradicionalmente permaneceram nas mãos das instâncias majoritárias, passam a

¹⁵⁷ FERRAJOLI, L. 2003, p. 14-17.

¹⁵⁸ “Por sua natureza, o Poder Judiciário não tem ação; é preciso pô-lo em movimento para que ele se mexa. (...) O Poder Judiciário violentaria, de certa forma, essa natureza passiva, se ele mesmo tomasse a iniciativa e se erigisse em censor das leis.” TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 112-113.

¹⁵⁹ SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. 2013. p. 202-203.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. p. 1.

¹⁶¹ GODOY, M. G. 2015. p. 41-42.

¹⁶² Para dados acerca da Judicialização no Brasil ver AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília: setembro - dezembro de 2014, pp. 69-94. Acesso em 04.03.2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/nVfCQd8qFdNGB6KDJpbYdFp/?lang=pt&format=pdf>

¹⁶³ “as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, sobretudo o Legislativo e o Executivo(...)”. TATE, C. N. 1995, p. 27 e 28.

¹⁶⁴ HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Publicado originalmente como “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. p.140. Acesso em 10.12.2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>

¹⁶⁵ As políticas públicas constitucionalizadas são muito numerosas, totalizando cerca de 30% das disposições da Constituição. COUTO, Cláudio Gomes; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, democracia e governo**. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, Jun./ 2006. Acesso em 12.11.2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmjc9Xw5m99PDdqRzjdj/?format=pdf&lang=pt>

sofrer modulações, correções e redirecionamentos judiciais, decorrentes da submissão de diversos aspectos operacionais dessas políticas aos Tribunais.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

Esse ambiente, que favorece a judicialização de decisões políticas,¹⁶⁸ pode fragilizar as instâncias representativas.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ Esse viés juriscêntrico é capaz de alimentar a percepção de que os demais poderes não têm capacidade de interpretar o texto constitucional de forma adequada (seja técnica, seja moral),¹⁷¹ elegendo o Judiciário como o intérprete legitimado da Constituição.¹⁷²⁻¹⁷³

Num outro ângulo, podem existir também vantagens para os atores políticos ao tolerarem essa nova dimensão da atividade judicial (como já citado dentre as condições para a expansão judicial),¹⁷⁴⁻¹⁷⁵ seja por poderem recorrer ao Judiciário, quando não obtiverem sucesso na seara política;¹⁷⁶ seja por conseguirem evitar o custo político de um posicionamento em temas muito divisivos.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

Diante desses vários fatores, Luís Roberto Barroso, observa que, quando os juízes e os tribunais são acionados por meio da ação processual pertinente, não podem, por dever de ofício, deixar de decidir.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰ “Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.”¹⁸¹⁻¹⁸²

¹⁶⁶ BRANDÃO, R. 2012. p. 138-140.

¹⁶⁷ GODOY, M. G. 2015. p. 41-42.

¹⁶⁸ “Por fim, mas não menos importante, deve-se acrescentar que a Carta de 1980 constitucionalizou um extenso leque de políticas públicas. Por essa razão, as políticas governamentais no pós 1988 tem resvalado frequentemente na Constituição, suscitando controvérsias e abrindo caminho a judicialização da política, provocando esse provocado especialmente pelos atores interessados em fazer oposição algo vir ao Governo.” ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política. Sistema político brasileiro: uma introdução*/Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 39-40.

¹⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito FGV*. v. 04, N.º 02. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 442.

¹⁷⁰ LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 164-165.

¹⁷¹ BRANDÃO, R. 2012. p. 138-140.

¹⁷² SARMENTO, D. 2009. p. 4.

¹⁷³ GODOY, M. G. 2015. p. 45-46.

¹⁷⁴ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

¹⁷⁵ HIRSCHL, R. 2006. p. 146.

¹⁷⁶ HIRSCHL, R. 2006. p. 146.

¹⁷⁷ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 132.

¹⁷⁸ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

¹⁷⁹ TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 116.

¹⁸⁰ HIRSCHL, R. 2006. p. 140.

¹⁸¹ BARROSO, L., 2020. 461-462.

¹⁸² As diversas variáveis externas ao Tribunal não são incapazes de justificar por que o Supremo nos primeiros anos de vigência da Constituição optou deliberadamente por reduzir os seus espaços de participação na vida político-institucional e de atuação como ator relevante na concretização de direitos sociais. Não se pode excluir do protagonismo atribuído ao STF a própria disposição da Corte e de seus ministros sobre como exercer as suas competências e lidar com os limites que a Constituição lhes impõe. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é

Para Diogo Werneck e Leandro Ribeiro, “essa perspectiva traz consigo a tentação de considerar que o STF teria sido simplesmente forçado a ocupar um novo papel” e deixaria o tribunal muito refém de circunstâncias externas. Os autores argumentam que a posição de centralidade do STF diante dos demais poderes é multifatorial e a Corte vem contribuindo decisivamente para “remarcar as fronteiras de sua atuação.”¹⁸³

O comportamento dos demais agentes e as competências constitucionais que são atribuídas ao Tribunal são relevantes, porém não podem explicar a posição atual do STF no cenário nacional.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵ “É preciso considerar o quanto interpretações constitucionais, expressas em votos de ministros do STF, foram decisivas para a expansão do poder do tribunal,”¹⁸⁶ para caracterizar sua supremacia ou seu ativismo.

A supremacia judicial¹⁸⁷ é comumente ligada as Teorias da última palavra,¹⁸⁸ ou seja, por meio do instituto, se entrega ao Judiciário a capacidade de decidir a interpretação da Constituição de forma mais legítima, substituindo os demais intérpretes.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

É diferente do Monopólio Judicial,¹⁹¹ que se caracteriza por atribuir a interpretação da Constituição exclusivamente ao Poder Judiciário, de modo que a palavra judicial não seria a última, mas, na verdade, a única a definir o sentido da Constituição. Na Supremacia Judicial, em que pese aflorar uma hipervalorização da

querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. p. 25.

¹⁸³ ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 408.

¹⁸⁴ Werneck e Ribeiro, no artigo *Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*, discutem a configuração do poder e do papel do STF por meio de análises do tribunal que a constituinte criou, mas também do que os ministros criaram por meio de práticas institucionais e interpretações de seus próprios poderes. Os autores exploram, ainda, algumas consequências da manifestação do próprio poder conferido ao STF nesse processo de reconfiguração institucional, delineando, de maneira preliminar, novas tendências na forma de atuação política do tribunal. ARGUELHES, D; RIBEIRO, L. 2016. p. 408.

¹⁸⁵ BUNCHAFT, M. E. 2021. p. 157-158.

¹⁸⁶ ARGUELHES, D; RIBEIRO, L. 2016. p. 408.

¹⁸⁷ “O conceito de supremacia constitucional — que há muito tempo é um pilar central da ordem política norte-americana — é hoje compartilhado, de uma maneira ou de outra, por mais de 100 países ao redor do mundo.” HIRSCHL, R. 2006. p. 139.

¹⁸⁸ As Teorias da última palavra entendem haver um órgão responsável pela palavra final na interpretação da Constituição. A autoridade final pode ser do Parlamento (Supremacia Parlamentar) ou das Cortes (Supremacia Judicial). BRANDÃO, R., 2022. p. 23.

¹⁸⁹ VIEIRA, O. V. 2009. p. 445.

¹⁹⁰ HIRSCHL, R. 2006. p. 141.

¹⁹¹ BRANDÃO, R., 2022. p. 18-24.

manifestação das Cortes, se reconhece a capacidade interpretativa também dos demais agentes.¹⁹²⁻¹⁹³

Podemos destacar, considerando os aspectos históricos já apontados, os principais pontos vinculados à Supremacia Judicial e são, na verdade, elementos que propiciaram a própria expansão do Judiciário: (a) o reconhecimento da força normativa da Constituição (que passa a ter aplicabilidade direta e imediata); (b) a expansão da jurisdição constitucional (com a criação de tribunais constitucionais) e a valoração interpretativa dos princípios, reconhecidos como portadores de densidade normativa; (c) a diferença qualitativa dos princípios e das regras; (d) o giro da Teoria dos Direitos Fundamentais que passa a ter como centro a dignidade da pessoa humana e a formação de uma nova hermenêutica (com o uso da ponderação como técnica de decisão e com o emprego mais saliente da argumentação jurídica).¹⁹⁴

Além desses aspectos, vinculados a perspectiva histórica, a literatura acerca do tema aponta vários fundamentos que são manejados em prol das Cortes¹⁹⁵ e alguns deles são importantes para as questões envolvidas nessa pesquisa.

Ligado à uma perspectiva normativa, um aspecto favorável aos tribunais, apontado por Conrado Hubner,¹⁹⁶ está vinculado a sua expertise e a sua técnica. Embora esses elementos sejam contestados, por parte da doutrina, por fomentarem a ideia de um Judiciário como elite intelectual, com uma capacidade superior à dos demais,¹⁹⁷ é um argumento válido quando encarado no sentido de especialização de função. Cada poder tem sua função e é paramentado institucionalmente para exercê-la da melhor maneira possível.¹⁹⁸

Outro argumento simpático ao Judiciário, também vinculado à um viés normativo, evidencia que, em Cortes Constitucionais, as decisões são colegiadas¹⁹⁹ e esse aspecto pode reforçar a legitimidade de seus posicionamentos.²⁰⁰

¹⁹² BRANDÃO, R., 2022. p. 19.

¹⁹³ MENDES, C. H. 2008. p. 64.

¹⁹⁴ BARROSO, L. 2020. p. 429-430.

¹⁹⁵ Capítulo 2 – “a inclinação por juízes e cortes constitucionais”. MENDES, C. H. 2008. p. 56-79.

¹⁹⁶ MENDES, C. H. 2008. p. 64.

¹⁹⁷ WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 122.

¹⁹⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 103.

¹⁹⁹ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 7384.

²⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. “**O projeto de uma corte deliberativa**”. In: Vojvodic, Adriana et al. (Orgs.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 56.

A deliberação colegiada,²⁰¹ como uma exigência de imparcialidade e de impessoalidade do órgão judicial, põe em foco a coletividade²⁰² da decisão e posiciona num segundo plano as figuras individuais dos membros da Corte.^{203_204}

A depender do arranjo institucional e de seu modo de funcionamento, a dinâmica interna de interação entre os julgadores pode ser menor do que seria desejável,²⁰⁵ e, sem dúvida deve-se buscar uma Corte, efetivamente, deliberativa.²⁰⁶ Contudo, o diálogo interno das Cortes (ainda que mínima) gera uma maior chance de se oferecer boas respostas.^{207_208}

Por fim, um último fundamento normativo que busca sustentar a centralidade das Cortes, se vincula a sua função contramajoritária.²⁰⁹ Essa função está lastreada na imparcialidade que alça o Judiciário à função de guarda dos procedimentos democráticos,²¹⁰ pois que, não estando sujeito ao risco eleitoral,²¹¹ estaria distante da

²⁰¹ Corte são instituições de deliberação colegiada, ou seja, são formadas por um agrupamento de magistrados em constante interação que se valem da técnica argumentativa, em um processo deliberativo, na busca de uma decisão final. MENDES, C. H. 2012. p. 64.

²⁰² Em que pese a Corte brasileira ser classificada como optante por um estilo de decisões seriatim (BRANDÃO, R. 2022. p. 335), em que cada magistrado vai para a sessão de julgamento com seu voto pronto, elaborando-o sem conhecer o posicionamento e os argumentos dos demais, o julgamento colegiado ainda deve ser levado em conta como legitimador da posição do Tribunal. MENDES, C. H. 2012. p. 54 - 73.

²⁰³ MENDES, C. H. 2012. p. 58.

²⁰⁴ Desse modo, não se pode avaliar apenas o que o STF decide, também é preciso lançar luz à questão de como ele decide. SILVA, V. A. da. (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista De Direito Administrativo**, 250, p. 199.

²⁰⁵ MENDES, C. H. 2012. p. 54 - 73.

²⁰⁶ MENDES, C. H. 2012. p. 54 - 73.

²⁰⁷ BRANDÃO, R. 2022. p. 336.

²⁰⁸ Além de impulsionar o debate, a deliberação interinstitucional considera mais argumentos que terminam por se confrontar, viabiliza o processo de contra-argumento interno e, com isso, fortifica a decisão, conferindo maior legitimidade ao posicionamento judicial. BRANDÃO, R. 2022. p. 336.

²⁰⁹ Barroso descreve a função contramajoritária da seguinte forma: “O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional — composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro — e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.” BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Brasília: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UNICEUBE, Volume 5 (número especial), 2015. p. 36.

²¹⁰ BARROSO, L. 2015. p. 36.

²¹¹ BARROSO, L. 2015. p. 37.

influência do ambiente político²¹² e mais livre para assegurar, tanto as regras que mantém o regime democrático vivo, quanto o direito de minorias vulneráveis.²¹³⁻²¹⁴

Assim, caberia ao Judiciário a definição final do sentido da Constituição,²¹⁵ acerca de temas controvertidos (políticos, sociais, morais e econômicos), vinculando os agentes políticos, a Administração Pública e os setores privados,²¹⁶ para o passado, para o presente e para o futuro.²¹⁷

Nesse conceito, dois aspectos merecem enfoque. Primeiramente, o posicionamento das Cortes Constitucionais é concebido como precedente vinculante que vai balizar, de forma categórica, a leitura constitucional dos demais poderes e dos agentes sociais em geral.²¹⁸

Uma segunda particularidade seria a seguinte: a interpretação judicial vincula os agentes políticos e sociais não só relativamente às questões do passado, mas igualmente com relação às questões do futuro, vez que não pode ser superado facilmente por outros partícipes, sob pena de se atacar a própria Constituição ao se afrontar a interpretação da Corte.²¹⁹

Nesse sentido, para os adeptos da supremacia judicial, o entendimento proferido pelas Cortes Constitucionais precisa ter uma blindagem eficaz. Assim, além

²¹² SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 138.

²¹³ “De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Essa proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.” KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000, 2ª edição. p. 67.

²¹⁴ “Encerrado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras erguidas contra a tirania das assembleias políticas.” TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 117.

²¹⁵ A posição do Judiciário como detentor da última palavra já foi verbalizada pelos Ministros do STF algumas vezes. Um exemplo bem citado é o do Ministro Celso de Mello, que se manifesta nos seguintes termos: “O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. (...) A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. 4.10.2007.

²¹⁶ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 124.

²¹⁷ BRANDÃO, R., 2022. p. 23.

²¹⁸ BARROSO, L., 2019. Kindle. posições 290.

²¹⁹ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 477.

de se presumir que a decisão dos Tribunais é mais técnica e mais acertada, somente poderá ser superada pela própria Corte Suprema ou por emenda constitucional.^{220,221}

A dificuldade de superação da decisão judicial, por outro lado, salienta Hirschl, pode prejudicar a reação dos demais poderes nas situações em que os Tribunais atuam de forma muito expansiva, estimulando uma postura ainda mais ativa das Cortes.²²²

Segundo Luís Roberto Barroso, ativismo é uma atitude do Poder Judiciário de “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.²²³

A expressão ativismo judicial, cunhada pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger²²⁴ denota desaprovação a atuação dos magistrados pela adoção de uma postura que consiste na “utilização de métodos flexíveis na interpretação das normas na busca da concretização dos direitos fundamentais.”^{225,226}

Em que pese a associação comum de ativismo a uma postura progressista do Judiciário, muitas vezes, a abordagem descritiva demonstra que as Cortes podem assumir uma postura extremamente conservadora,^{227,228} como no caso *Dred Scott v.*

²²⁰ BRANDÃO, R., 2022. p. 19.

²²¹ VIEIRA, O. V. 2008. p. 448.

²²² “Entretanto, a crescente importância política dos tribunais tem não apenas se tornado mais abrangente, mas também se expandido em escopo, transformando-se assim em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito — que se tornou corrente — de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado.” HIRSCHL, R. 2006. p. 140-141.

²²³ BARROSO, L. R. 2012. p. 10.

²²⁴ O artigo original foi publicado na revista americana *Fortune* de 1947. SCHLESINGER, Arthur M., Jr., *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial activism**. *California Law Review*, [s.l.], v. 92, n. 5, p.1441-1478, 2004, p. 1446-1447. Acesso em: 09.11.2022. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359>

²²⁵ BARROSO, L., 2022. p. 9.

²²⁶ BRANDÃO, R., 2022. p. 17.

²²⁷ Leal, Fernando. “**A Constituição diz o que eu digo que ela diz**”: Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 100, jul./dez. 2018.

²²⁸ Bernardo Gonçalves Fernandes, destacando as premissas do que não compõe o conceito de ativismo judicial (em diálogo com o conceito adotado por George Abboud), esclarece que “(...) ativismo judicial não é uma questão de ideologia. Ou seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas; (...)”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2023. p. 191.

Sanford,²²⁹ em que a Suprema Corte Americana chancelou o sistema escravocrata,²³⁰ decidindo que um negro não poderia ser cidadão norte-americano.²³¹

O ativismo judicial^{232_233} se relaciona a uma maior ingerência do Judiciário no campo de atuação dos outros Poderes^{234_235_236} e estaria lastreado em fundamentos (normativos) de diversas ordens,²³⁷ como no fato de o Poder Judiciário, apesar de só agir se provocado,²³⁸ (I) contar com uma maior capacidade para a interpretação da

²²⁹ Acesso em 15.12.2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>

²³⁰ “(...) temos o caso Dred Scott v. Sanford, decidido pela Suprema Corte em 1857 no qual o Chief Justice Roger B. Taney declarou, ao redigir a ‘opinião’ da Corte, que nenhum escravo, ou seu descendente, poderia ser considerado, a partir da Constituição de 1787, cidadão norte-americano, sendo, portanto, uma ‘propriedade’ e desta forma tratado.” PRATES, F. C. 2022. p. 135.

²³¹ BERCOVICI, Gilberto. **A constituição invertida:** a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. Lua Nova, São Paulo, v. 89, p.107-134, 2013.

²³² William Marshall classifica a conduta ativista das Cortes, tendo como foco o resultado que produzem e nela podem ser identificadas as seguintes categorias: (a) Ativismo contramajoritário: resistência das Cortes diante das escolhas interpretativas das instâncias majoritárias; (b) Ativismo não-originalista: afastamento, por parte dos Tribunais, da vontade original dos constituintes ou do sentido literal do texto Constitucional; (c) Ativismo jurisprudencial: pouca aderência aos precedentes judiciais. No caso brasileiro, nossa cultura franzina de vinculação a precedentes abre espaço para que o Supremo Tribunal seja pouco respeitoso com suas próprias decisões, afetando a coerência e a integridade do sistema jurídico; (d) Ativismo jurisdicional: a relutância das Cortes em traçar limitações jurisdicionais para as próprias capacidades jurisdicionais de atuação; (e) Criatividade Judicial: inovações interpretativas como as identificáveis na inconstitucionalidade por omissão, em que o Tribunal pode criar uma norma infraconstitucional que regulará a situação até a efetiva atuação do legislador. Vale acrescentar que as decisões que ostentam maior criatividade podem revelar uma postura progressista ou uma tendência conservadora; (f) Ativismo repressivo: invalidação da norma ou da atos administrativos dos demais poderes e imposição de medidas concretas ao Legislativo e ao Executivo. MARSHALL, Williem P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism.** University of Colorado Law Review, v. 73, p. 101/102, 2002.

²³³ Em uma perspectiva diferente, desvinculada do resultado que é capaz de produzir, o ativismo judicial, aponta o professor Bernardo Gonçalves, segundo parcela da literatura, poderia ser encarado em uma concepção neutra, negativa ou positiva. Lawrence Baum, abraçando uma concepção neutra, sustenta que o ativismo judicial envolve a “disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições”. Já Dworkin, adota uma concepção negativa do que vem a ser ativismo. Para esse autor, o juiz ativista ignora o texto constitucional, a história de sua promulgação, os precedentes das Cortes Superiores para impor seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige. Já Mauro Cappelletti percebe o ativismo de forma positiva, assumindo que a criatividade judicial, mais do que inevitável é necessária e recomendável em países democráticos. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2023. p. 190-191.

²³⁴VIEIRA, O. V. 2009. P. 445.

²³⁵ “A cada semana, alguma Corte Suprema em algum lugar do mundo anuncia uma decisão importante sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo.” HIRSCHL, R. 2006. p. 143.

²³⁶ Barroso destaca que “em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.” BARROSO, L., 2022. p. 9.

²³⁷ Bernardo Gonçalves enumera, sustentando um viés negativo ao tratar do ativismo judicial, que não se enquadram no instituto (i) a realização do controle de constitucionalidade das leis; (ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; (iii) a aplicação não literal da norma (o direito é um conceito interpretativo, assim, não ser literal não é sinônimo de ativismo). Além disso, podem ser ativistas tanto magistrados que exercem o *judicial review*, quanto os que praticam o *self-restraint*, tanto juízes progressistas, quanto conservadores. Desse modo, conclui o autor que toda decisão ativista incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2023. p.191.

²³⁸ Tocqueville aborda dois aspectos: (a) o Poder Judiciário é passivo e só age se for provocado e (b) nem todo ato normativo será avaliado pelo Judiciário, já que haverá aqueles que não serão levados ao Tribunal por ninguém. TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 116-117.

Constituição dado seu caráter técnico,²³⁹ (II) possuir a vantagem de seu relativo afastamento da política ordinária e (III) das pressões majoritárias de turno,²⁴⁰ podendo, assim, (IV) garantir a segurança e proteção das minorias e do sistema democrático.²⁴¹⁻
242

No cenário brasileiro, o STF tem lançado mão de uma diversidade de técnicas expansivas,²⁴³ ligadas ao Ativismo Judicial, como a delimitação do significado dos textos legais para dar interpretação conforme a Constituição,²⁴⁴⁻²⁴⁵ a interpretação do próprio texto constitucional afastando o sentido literal do dispositivo interpretado;²⁴⁶⁻
247-248 a ingerência na formulação e execução de políticas públicas;²⁴⁹ a supressão de omissões legislativas²⁵⁰⁻²⁵¹ e a ampliação do significado e da extensão das normas constitucionais.²⁵²

²³⁹ GODOY, M. G. 2015. p.50.

²⁴⁰ SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 138.

²⁴¹ TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 117.

²⁴² VIEIRA, O. V. 2009. P. 445-446.

²⁴³ BRANDÃO, R., 2022. p. 180.

²⁴⁴ BRANDÃO, R., 2022. p. 182-192.

²⁴⁵ No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), o Plenário do STF, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal (CP), prevalecendo o voto do ministro relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski. Para maiores detalhes ver BARROSO, Luis Roberto. “**Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição”. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e BUNCHAFI, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, n. 65, p. 155-188, dez. 2012.

²⁴⁶ LEAL, F. 2018. p. 119.

²⁴⁷ Em 2017, o Supremo passou a dotar sua própria decisão de mérito, em Controle Difuso, de eficácia *erga omnes*, dispensando necessidade de resolução do Senado, apesar de o texto constitucional (que não foi formalmente alterado) estabelecer que a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo dependeria do ato da Casa legislativa (Art. 52, CF. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;). Para maiores informações ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 1.849-1864. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, j.29/11/2017. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.936/SP, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24/8/2017.

²⁴⁸ Ver também CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade; STRECK, Lênio; MONT'ALVERNE, Martonio. Nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **RFMD**, PUC Minas, v. 10, nº 20, 2001.

²⁴⁹ BRANDÃO, R., 2022. p. 201.

²⁵⁰ VIEIRA, O. V. 2009. P. 447.

²⁵¹ BRANDÃO, R., 2022. p. 193-196.

²⁵² “Assim, de acordo com os citados precedentes desta Corte, porque o serviço desempenhado pelos policiais civis é tão essencial quanto o dos militares, a proibição do direito de greve por parte dos militares estende-se também aos civis, independentemente de expressa previsão legal a respeito. Em casos tais, a solução jurídica parece residir no balanceamento entre o interesse público na continuidade de um serviço essencial e o exercício de um direito fundamental por parte de uma categoria de servidores.” Voto do relator Ministro Edson Fachin. ARE 654.432/GO, Plenário do STF, julgamento em 05.02.2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>

Em todas essas circunstâncias, o Judiciário se aparta de sua função clássica,²⁵³ típica, de aplicador do Direito vigente²⁵⁴ e assume uma postura mais criativa.²⁵⁵

1.2.2. Críticas à Supremacia Judicial

As críticas à Supremacia Judicial podem ser de várias ordens, relacionadas, por exemplo, com as condições institucionais de atuação dos magistrados, com os efeitos não intencionais que as manifestações judiciais podem provocar ou com sua compatibilidade com a democracia. Nosso objetivo é abordar aquelas considerações, principalmente de caráter descritivo, que tenham uma relação mais direta com o recorte da dissertação.

Uma das críticas está vinculada aos inconvenientes institucionais de se apostar na infalibilidade judicial.²⁵⁶ A capacidade das instituições é limitada e a dos agentes que atuam pelas instituições também.^{257 - 258} Sunstein e Vermeule criticam o pressuposto de que os magistrados dispõem de todo o tempo e de todo o conhecimento para oferecer a resposta correta ou a melhor resposta em assuntos extremamente complexos e muito polarizados.^{259,260}

Não podem ser desconsideradas as deficiências do intérprete em si (que não tem superpoderes e apresentará qualidades e deficiências pessoais)²⁶¹ e o fato de ele estar vinculado a instituições que são limitativas e têm seus desenhos de funcionamento e procedimento que o condicionam.²⁶² A crítica tira o intérprete judicial e o próprio Poder Judiciário do campo idealizado e traz ambos para o mundo real, com interesses, contingências e limitações.^{263,264}

²⁵³ BRANDÃO, R., 2022. p. 180.

²⁵⁴ “E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões. HIRSCHL, R. 2006. p. 141.

²⁵⁵ BARROSO, L., 2020. p. 463.

²⁵⁶ BRANDÃO, R., 2022. p. 411.

²⁵⁷ BRANDÃO, R., 2022. p. 230.

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete.** In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 317.

²⁵⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions.** Michigan Law Review, v. 101, n. 04, p. 885-951, 2003. p. 886.

²⁶⁰ A crítica dos autores destaca os aspectos falíveis da estrutura e dos agentes e se contrapõe a visão do juiz Hercules de Dworkin. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério – tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. P. 192-203.

²⁶¹ SARMENTO, D. 2009. p. 317.

²⁶² SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. 2013. p. 432.

²⁶³ SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. 2013. p. 432.

²⁶⁴ Apesar de serem importantes, a expertise e a técnica não são os únicos elementos que contam em uma prolação judicial (BRANDÃO, R. 2022. p. 283-286.). Não pode ser desconsiderada a importância de uma decisão embasada em padrões argumentativos determináveis e racionais, contudo outros aspectos compõem essa equação como as

Outro argumento, ligado à linha descritiva, está ligado aos efeitos sistêmicos das decisões judiciais.²⁶⁵ Quando amplas e profundas, as manifestações dos magistrados objetivam não apenas resolver o caso concreto em curso, mas instituir um precedente aplicável a uma gama de situações próximas daquelas que se está a decidir.²⁶⁶ Essa posição maximalista peca pela capacidade de produzir resultados não previstos pela Corte²⁶⁷ e que podem causar prejuízos de várias ordens.²⁶⁸

Trazer as limitações das instituições e dos intérpretes para o discurso gera consciência do risco de erro e de seu custo, principalmente, em temáticas de alta

preferências ideológicas pessoais dos magistrados e as expectativas relativa ao comportamento de outros atores, dentro e fora do Tribunal. Nessa perspectiva, a visão das teorias, que trabalham o comportamento dos julgadores, contribuem para maiores esclarecimentos acerca da temática.

Os modelos legais ou normativos enfatizam o pressuposto de que as decisões judiciais devem ser tomadas com base em normas, princípios, doutrinas jurídicas, precedentes judiciais e não a partir das próprias preferências pessoais dos juízes. Resumindo, as decisões devem se assentar em padrões argumentativos determináveis, não devem ser arbitrárias e nem irracionais e assim, poderem ser avaliadas qualitativamente como mais ou menos consistentes. (MENDES, C. H. 2008. p. 182-183.)

O modelo atitudinal está lastreado no realismo jurídico e parte da ideia de que o direito é o que os tribunais dizem que ele é. Assim, toda técnica argumentativa e de interpretação, toda a argumentação jurídica apenas dissimulam decisões arbitrárias a partir das preferências pessoais dos juízes. Em suma, os juízes decidem os casos de acordo com suas preferências políticas pessoais, ou seja, se mais conservador, vai manejar argumentos de forma a decidir preservando esses valores, da mesma forma, se for mais liberal. (MENDES, C. H. 2008. p. 182-183.)

Por fim, para modelos estratégicos, os juízes não podem ser entendidos como atores isolados que tomam decisões com base em valores pessoais, sendo o resultado do julgamento da Corte mera somatória das preferências dos juízes. Pelo contrário, as decisões judiciais seriam amplamente informadas pelas expectativas de comportamento de outros atores, dentro e fora do tribunal, isto é, os juízes ao tomarem suas decisões levam em consideração tanto as preferências dos outros juízes quanto a de outros atores políticos relevantes, como congressistas e o Presidente da República. Questionando a simplificação dos modelos atitudinais, os modelos estratégicos passaram a incorporar outros fatores que poderiam influenciar as decisões judiciais. Assim, por exemplo, a chance de ter seu voto derrotado pela maioria seria capaz de fazer com que um juiz votasse de forma diferente da esperada, para preservar sua relação com os colegas ou mesmo construir uma reputação de moderação, que poderia auxiliá-lo em outros casos. Esses modelos não negam a importância das preferências ideológicas na determinação das decisões judiciais, mas apontam para a necessidade de que outros fatores sejam levados em conta, pois valores estratégicos poderiam competir e mesmo preponderar sobre os valores ideológicos em diversos julgamentos. (MENDES, C. H. 2008. p. 182-183.)

²⁶⁵ BRANDÃO, R., 2022. p. 230.

²⁶⁶ “O minimalismo é cético acerca de teorias interpretativas e acredita em decisões menos abrangentes, focadas no caso concreto e não em proposições amplas.” Barroso, L. R. 2019. Kindle. posição 898.

²⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 40.

²⁶⁸ Maiores detalhes acerca dos desdobramentos de decisões maximalistas em LEAL, Fernando. “**A Constituição diz o que eu digo que ela diz**”: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 99-143, jul./dez. 2018 e em OLIVEIRA, Fabiana Luci de; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 36, no 105, 2020. p. 2 – 20.

complexidade.²⁶⁹⁻²⁷⁰ Nesses casos, para Sunstein,²⁷¹⁻²⁷² seria adequada uma decisão de segunda ordem (decidir sobre como decidir),²⁷³ com a adoção de uma postura minimalista, sem grandes teorizações e focadas no caso em discussão.²⁷⁴

Mesmo para Sunstein, a posição minimalista não é considerada adequada em qualquer circunstância.²⁷⁵ Uma decisão maximalista também tem seu lugar, especialmente quando importante para manutenção da segurança jurídica.²⁷⁶ De toda forma, para o autor, o minimalismo deve ser a regra, pois evita uma palavra judicial definitiva em questões social, morais e políticas que comportam desacordos morais razoáveis.²⁷⁷

Ao evitar uma teorização abstrata, ampla e complexa, se reduz a possibilidade de erro e de suas consequências não antecipadas e se afasta uma posição de extrema deferência à decisão judicial, abrindo espaço para a construção de interpretações por atores não judiciais.²⁷⁸ Além disso, a decisão minimalista é mais compatível com uma realidade em constante mutação²⁷⁹ e evita uma reação social e política intensa²⁸⁰ pela escolha de valores que não contam com o apoio da sociedade como um todo.²⁸¹⁻²⁸²

²⁶⁹ SUNSTEIN, C. 2001. p. 46-61.

²⁷⁰ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 154-155.

²⁷¹ Para a Teoria Minimalista a conduta das Cortes, em casos de desacordos morais razoáveis e debates relevantes sobre questões constitucionais, precisa evitar posicionamentos abstratos e sobre temas em que não houve provocação. Aos Tribunais cabe manter a decisão ao alcance dos poderes políticos e suas manifestações devem estar centradas nos valores da superficialidade e da estreiteza (“acordos incompletamente teorizados”). DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 78, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>.

²⁷² Cass Sunstein, defende o protagonismo dos representantes eleitos e uma atitude mais deferente do Judiciário as escolhas desses. Nesse sentido, sustenta que as decisões judiciais proferidas nos casos difíceis têm de ser curtas e rasas. A pequena extensão da decisão e a ausência de profundidade, colaboram para impedir equívocos evitáveis. CHUERI, Vera Karan; CASTILHO DE MACEDO, José Arthur; Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência** (Florianópolis), n. 80, p. 134, dez. 2018.

²⁷³ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books. 2005.

²⁷⁴ SUNSTEIN, C. 2001. p. 54.

²⁷⁵ SUNSTEIN, C. 2001. p. 57.

²⁷⁶ SUNSTEIN, C. 2001. p. 24-57.

²⁷⁷ SUNSTEIN, C. 2001. p. 59.

²⁷⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 232.

²⁷⁹ SUNSTEIN, C. 2001. p. 46-61.

²⁸⁰ “No núcleo do minimalismo judicial está a visão juriscêntrica de que as cortes encerrariam o debate democrático, retirando do espaço político a deliberação constitucional. Por isso, deveriam adotar uma posição minimalista, preservando a continuidade do debate público e o pluralismo democrático. (...) Ora, o minimalismo está pautado em um modelo decisório de cunho juriscêntrico, em que o sentido constitucional é identificado à própria decisão judicial. Enquanto tal, a oposição a esta (decisão das cortes) implica uma necessária oposição à constituição, que coloca em risco a estabilidade e a coesão social.” DANTAS, I. C.; FERNANDES, B.G. 2019. p. 79.

²⁸¹ SUNSTEIN, C. 2001. p. 59.

²⁸² BRANDÃO, R., 2022. p. 233.

1.2.2.1. Questão da “dificuldade contramajoritária”

Um contraponto que parte da doutrina tem apresentado quando o assunto é a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é conhecido como a “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário.²⁸³

A crítica se sustenta no fato de os juízes, apesar de não serem eleitos,²⁸⁴ poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo,²⁸⁵ invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade.²⁸⁶

A Constituição gerencia tensões sociais, políticas e econômicas complexas²⁸⁷⁻²⁸⁸ e significar seus dispositivos seria empreendimento compartilhado que deve envolver múltiplos interessados.²⁸⁹ Não poderia, dessa forma, a definição do sentido da Constituição ser entregue aos Tribunais.²⁹⁰

Um outro argumento questiona alguns dos fundamentos que dão suporte ao papel diferenciado das Cortes. A função contramajoritária se assenta basicamente em dois pilares:²⁹¹ (i) a proteção dos direitos fundamentais, a fim de que não sejam

²⁸³ A denominada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário foi posta por Alexander Bickel, em 1962, em sua obra *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, p. 16 e seguintes. E no contexto nacional poderia ser traduzida pela seguinte indagação: como justificar a legitimidade de 11 (onze) magistrados não eleitos anularem atos normativos de 594 (quinhentos e noventa e quatro) congressistas eleitos?

²⁸⁴ Para o professor Thomas Bustamante, sob condições normais, nenhuma corte constitucional deveria ter o poder para invalidar, de forma irreversível, a validade de uma lei que é formalmente promulgada por instituições legislativas democráticas. BUSTAMANTE, Thomas. **On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review be Morally Justified?** IN: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, p. 29-69, 2016.

²⁸⁵ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 913.

²⁸⁶ “Pessoas diferentes, de boa-fé, podem entender, por exemplo, que o princípio constitucional da igualdade proíbe, que é compatível, ou até que ele impõe as quotas raciais no acesso às universidades públicas. Como podem considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento do direito à prática da eutanásia, ou que o veda terminantemente. Casos como estes revelam a possibilidade de que se estabeleça um profundo desacordo na sociedade sobre a interpretação correta de determinadas normas constitucionais.” SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 125.

²⁸⁷ “Uma terceira classe emergente de judicialização da política é o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de “megapolítica”: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.” HIRSCHL, R. 2006. p. 146.

²⁸⁸ Os tribunais também têm monitorado aspectos importantes da privatização de patrimônio estatal no mundo pós-comunista. Em síntese, seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo com juízes”. HIRSCHL, R. 2006. p. 145.

²⁸⁹ BRANDÃO, R., 2022. p. 9.

²⁹⁰ “São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais escassas ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Isso ocorre porque não está nada claro o que tornaria os tribunais o fórum mais apropriado para resolver esses dilemas puramente políticos.” HIRSCHL, R. 2006. p. 147.

²⁹¹ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 502.

atropelados por deliberação política majoritária e (ii) a proteção das regras do jogo democrático.

Para parte os críticos da supremacia judicial, nenhum destes elementos é capaz de sustentar a primazia das Cortes. Não haveria comprovação empírica de que as Cortes Constitucionais estariam protegendo minorias estigmatizadas no processo majoritário²⁹² e, na verdade, estariam retirando do processo majoritário seus próprios interesses ou interesses de elites específicas com peso no processo político.^{293_294_295}

Com relação a proteção do processo democrático, este aporte teórico poderia relativizar o princípio da separação dos poderes,^{296 - 297} por impossibilitar a demarcação de limites às prerrogativas institucionais do Poder Judiciário.²⁹⁸ O resultado seria “o progressivo agigantamento do Poder Judiciário e consequente subordinação dos demais poderes a ele.”^{299_300}

1.2.2.2. A questão da supremacia parlamentar

Jeremy Waldron, defensor da supremacia dos Parlamentos, trabalha com a noção de que o discurso corrente trata a jurisdição constitucional de forma muito idealizada³⁰¹ e, no caso dos agentes eleitos, há um destaque muito intenso para os pontos que minam sua credibilidade.³⁰²

²⁹² TUSHNET, Mark. 2008. p. 111-161.

²⁹³ BRANDÃO, R., 2022. p. 413 e 414.

²⁹⁴ HIRSCHL, R. 2006. p. 165-166.

²⁹⁵ LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 165-166.

²⁹⁶ Tom Ginsburg relaciona a ampliação do fracionamento de poder, a dilatação do Controle de Constitucionalidade e a expansão do Poder Judiciário. GINSBURG, T. 2008. p. 60-64.

²⁹⁷ Para os autores, no cenário nacional, o STF “reafirmou importantes direitos de grupos sociais marginalizados que necessitam de especial proteção em razão da sua condição de fragilidade institucional. Todavia, para tal, mostrou-se necessária a relativização dos limites funcionais atribuídos ao poder judiciário e consequente fragilização do princípio da separação de poderes o que, ao longo prazo, sob o prisma democrático, pode representar grande perigo em razão das pautas sociais serem avançadas ou retraídas não por procedimento executivo ou legislativo (ou até mesmo jurídico) bem estabelecido, mas sim pelo capricho de juízes e tribunais.” LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 167.

²⁹⁸ LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 165-168.

²⁹⁹ LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 167.

³⁰⁰ No contexto atual, ao lado do debate relativo à “dificuldade contramajoritária” que continua a ter espaço, outra questão ganha foco. Conforme aponta Juliana Cesário Alvim, “Mais recentemente, contudo, a atenção de parte significativa da literatura tem se redirecionado: do excesso dos tribunais para aqueles cometidos por representantes eleitos que, por meio da modificação de arranjos legais e institucionais, comprometem atributos fundamentais da democracia constitucional relacionados a direitos básicos, funcionamento do processo democrático e respeito ao Estado de Direito.” GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2693.

³⁰¹ WALDRON, Jeremy. **The dignity of Legislation**. Cambridge University Press. 1999b.

³⁰² WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999a. p. 1-4.

Para o autor, a Supremacia Judicial padece de um vício incontornável: seu déficit democrático é latente ao entregar para as Cortes³⁰³ o poder de substituir deliberações das instâncias majoritárias.³⁰⁴ O cerne da discussão seria a indagação do cidadão: “Como ousam excluir minha opinião, privar a mim dessa decisão, que me afeta e à qual fico sujeito?”³⁰⁵

Enfim, para Waldron, não há razão para supor que os direitos são melhor protegidos pelas Cortes do que poderiam ser por legislativos democráticos³⁰⁶ e mais, de toda forma, independentemente de qualquer resultado judicial (maior proteção de direitos ou não), os Tribunais³⁰⁷ não possuem legitimidade democrática.³⁰⁸

Numa sociedade plural, sustenta o autor, é esperado que exista comprometimento com direitos e também divergência razoável sobre o conteúdo desses.³⁰⁹ Essas controvérsias devem ser decididas pelo povo, por meio de seus representantes³¹⁰ e não por magistrados.³¹¹⁻³¹²

O desacordo é um elemento inafastável da convivência social.³¹³ Pessoas e comunidades divergem razoavelmente e de boa-fé sobre múltiplas questões, por

³⁰³ “Segundo sua visão (de Waldron), em uma sociedade democrática com instituições funcionais e comprometidas com a ideia de proteção de direitos, ainda que haja divergência sobre seu conteúdo, o Judiciário não poderia deixar de aplicar normas emanadas pelo Legislativo ou modificar seus efeitos a partir de uma certa concepção de direitos.” GOMES, J., 2020. p. 47.

³⁰⁴ WALDRON, J. 1999a. p. 222.

³⁰⁵ WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 122.

³⁰⁶ “Sei que, recusando aos juízes o direito de declarar as leis inconstitucionais, damos indiretamente ao corpo legislativo o poder de mudar a constituição, pois ele não encontra barreira legal que o detenha. Mas é melhor ainda conceder o poder de mudar a constituição do povo a homens que representam imperfeitamente as vontades do povo, do que a outros que só representam a si mesmos.” TOCQUEVILLE, A. 2005. p. 114.

³⁰⁷ Conforme destaca Juliana Cesário Alvim, para Waldron, “considerando que todos os processos sociais estão sujeitos a resultados injustos, é preferível escolher-se o mais democrático, preservando a possibilidade de autodeterminação de um povo.” GOMES, J., 2020. p. 47.

³⁰⁸ Assim sendo, a regra geral normativamente desejável em uma democracia madura e consolidada, em uma sociedade bem ordenada, deve ser: o controle judicial de constitucionalidade sem supremacia judicial, isto é, a última palavra sobre direitos deve pertencer a uma autoridade democraticamente eleita, em um cenário no qual as instituições legislativas e judiciais funcionam razoavelmente bem, direitos individuais e de minorias são reconhecidos e respeitados pelas autoridades democráticas e pela sociedade, e existente desacordo razoável e de boa-fé sobre esses direitos, por melhor conciliar os ideais de proteção a direitos fundamentais e a legitimidade democrática do sistema jurídico. WALDRON, Jeremy. “**The core of the case against judicial review**”, Yale Law Journal, v. 115, nº 6. p. 1.346-1.406. 2006. p. 1.405.

³⁰⁹ “desacordo moral razoável”. WALDRON, J. 1999a. p. 149-153.

³¹⁰ Juliana Cesário Alvim observa que, na perspectiva de Waldron, “(...) o aspecto majoritário contemplaria, ao menos, um aspecto não tirânico, ausente nas decisões judiciais: a não exclusão de certas pessoas da participação, como pares, do processo decisório.” GOMES, J., 2020. p. 47.

³¹¹ WALDRON, J. 1999a. p. 1-4.

³¹² Waldron cita Roberto Margabeira Unger se referindo ao “pequeno segredo sujo” da teoria jurídica contemporânea, que estaria no desconforto com a democracia, flagrante ao se promover juízes e Cortes, enquanto se hipertrofia arranjos contramajoritários e se impõe restrições à regra da maioria. WALDRON, J. 1999a. p. 8.

³¹³ Jeremy Waldron inicia sua obra *Law and disagreement* com a afirmação simples e objetiva de que “há muitos de nós, e discordamos sobre justiça”. WALDRON, J. 1999a. p. 1-4.

exemplo, discordam acerca da questão armamentista (o acesso as armas de fogo deve ou não ser franqueado aos cidadãos em geral), sobre o direito à vida (sua proteção permite ou não o aborto), acerca de políticas de cotas (são compatíveis ou não com o direito a igualdade), sobre as políticas redistributivas (violam ou não o direito à propriedade) e acerca da liberdade de expressão (deve ou não ser limitada pelo direito à privacidade).³¹⁴

Para Waldron, não basta debater as oposições relativas a um assunto, é preciso se discutir antes qual a melhor forma de se tomar uma decisão política sobre essas questões.³¹⁵ Em suma, é preciso escolher qual o melhor procedimento e qual a autoridade legítima para resolver os vários desacordos morais reinantes na sociedade.³¹⁶

A posição do autor rejeita a busca pelo consenso das ideias como um processo social natural. Essa crença, de que sempre é possível um entendimento comum, pressupõe equivocadamente que, se as pessoas pensam de forma diferente sobre direitos ou justiça, algumas delas são ignorantes, agem em interesse próprio, são preconceituosas ou não possuem informações suficientes.³¹⁷

Concluindo, os indivíduos discordam sobre o que o mundo é e atribuem peso e relevância diferentes às questões, assim é preciso um método para se decidir que valores devem prevalecer. Esse procedimento deve ser considerado legítimo por todos e assim, mesmo que discordem sobre o mérito da questão, a concordância sobre o método gera acomodação mútua entre as diferentes visões.³¹⁸

Waldron elege a Supremacia Parlamentar, argumentando ser um meio neutro em relação aos resultados e que trata os cidadãos e suas posições com igualdade.³¹⁹⁻
³²⁰ Outro benefício desse procedimento, segundo o autor, é não minimizar ou desconsiderar a visão de ninguém, incorporando o princípio do respeito por cada partícipe do processo.^{321 - 322} Em sociedades suficientemente democráticas, a

³¹⁴ WALDRON, J. 1999a. p. 250-251.

³¹⁵ WALDRON, J. 1999a. p. 1-4.

³¹⁶ WALDRON, Jeremy. **Can there be a democratic jurisprudence?** NYU School of Law, Public Law Research. 08-35, 2008. p. 8-13.

³¹⁷ WALDRON, J. 1999a. p. 1-4.

³¹⁸ WALDRON, J. 1999a. p. 111-113.

³¹⁹ WALDRON, J. 1999a. p. 109-114.

³²⁰ Para Waldron, nada indica que as instâncias judiciais seriam mais capazes de promover direitos do que as instâncias representativas. GOMES, J., 2020. p. 47.

³²¹ WALDRON, J. 1999b. p. 160.

³²² Outro argumento, apresentado por Waldron, em prol da supremacia parlamentar, conforme aponta Juliana Cesário Alvim, envolve a atenção que as Cortes precisam dispensar a múltiplos pontos, como as discussões

legitimidade dos parlamentos repousa “na possibilidade de igual participação e no direito à voz que a decisão majoritária proporciona a todos os cidadãos”.³²³

Dworkin, em crítica a posição de Waldron, sustenta que existem preconceitos e hostilidades que não podem ter espaço quando se delibera acerca dos direitos de minorias excluídas. Os procedimentos deliberativos devem assegurar que alternativas que desrespeitem direitos humanos estejam fora do leque de opções.³²⁴

Vale ressaltar a importância, para tese de Waldron, do requisito de a sociedade ser suficientemente democrática, ou seja, atender a condições políticas e institucionais mínimas para ser digna dessa nomenclatura.³²⁵ Rodrigo Brandão, arrola as condições do autor, que seriam: a existência de instituições democráticas e judiciais em bom funcionamento e que zelem pelo Estado Democrático de Direito e a existência de um compromisso sério por parte da sociedade e dos agentes públicos com o direito das minorias.³²⁶

E se uma dessas circunstâncias não estiver presente? Segundo Waldron, numa situação bem específica, atípica (culturas políticas corruptas, tradições discriminatórias...),³²⁷ a Supremacia Judicial poderia ser “uma solução não ideal para circunstâncias extraordinárias”, deixando claro que há sempre o ônus de justificar a escolha em prol das Cortes, vez que a supremacia das decisões judiciais não é sinônimo de respeito aos direitos.^{328,329}

relacionadas às questões processuais e interpretativas. Essas preocupações podem retirar o foco dos aspectos que envolvem o direito em sim. GOMES, J., 2020. p. 47.

³²³ WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 136-137.

³²⁴ DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco espinho: justiça e valor – tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014a. p. 590-592.

³²⁵ WALDRON, Jeremy. “**The core of the case against judicial review**”, Yale Law Journal, v. 115, nº 6. p. 1.346-1.406. 2006. p. 1361.

³²⁶ BRANDÃO, R., 2022. p. 237.

³²⁷ “Em situações atípicas e patológicas, onde os parlamentos são disfuncionais, existem culturas políticas corruptas e sectárias ou legados de racismo, intolerância e outras formas de preconceito endêmico.” WALDRON, J. 2010. p. 157.

³²⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 237.

³²⁹ MENDES. C. H. 2008. p. 80.

1.2.2.3. As questões postas pelo Constitucionalismo Popular

O Constitucionalismo Popular resgata a ideia da Constituição como documento político e que, portanto, deve estar disponível a todos não só no momento de sua elaboração, mas também em sua construção interpretativa ao longo do tempo.³³⁰

Em última análise, essa linha teórica contesta a guarda do sentido da Constituição pelas Cortes³³¹ e surge como uma reação a um ativismo judicial conservador³³² que passou a caracterizar a Suprema Corte Americana, por volta dos anos 2000.³³³⁻³³⁴

Seus principais autores, Larry Kramer³³⁵ e Mark Tushnet,³³⁶ tecem pesadas críticas ao viés juriscêntrico de interpretação constitucional,³³⁷ alertando para o fato de que, mesmo os esforços políticos para reversão de decisões judiciais, passaram a se concentrar no âmbito do Judiciário,³³⁸ investindo em uma alteração de posicionamento da Corte ou aguardando uma mudança em sua composição.³³⁹

Kramer sustenta a necessidade de se estimular o povo a participar do processo de construção do sentido da Constituição³⁴⁰ e sugere, como meio de se “retomar o

³³⁰ A proposta é a de “devolver a Constituição ao povo” que pode atuar nas ruas, nas urnas ou no Legislativo, através de seus representantes. TUSHNET, Mark. **Talking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

³³¹ “A Suprema Corte tomou o poder. A questão é: nós a deixaremos ir embora com ele?” Essa é a indagação que Kramer lança em seu artigo **The Supreme Court, 2000 Term – foreword: we the Court**. In 115, Harvard Law Review 4, 169, 2001.

³³² KRAMER, L. 2004. P. 229.

³³³ Apesar de inicialmente ter sido defendido por setores incomodados com o conservadorismo da Suprema Corte estadunidense, na atualidade, sinaliza a professora Juliana Cesário Alvim Gomes, há quem identifique os valores dessa vertente teórica com movimentos de extrema direita. GOMES, J., 2020. p. 40 e 53.

³³⁴ “Curiosamente, tal proposta de democratizar a interpretação da Constituição não proveio do povo, mas de professores de direito progressistas que se indignaram com a autoafirmação da supremacia judicial pela Suprema Corte em City of Boerne, e com o ativismo judicial conservador que marcou as Cortes de Rehnquist e de Roberts. BRANDÃO, R., 2022. p. 238.

³³⁵ KRAMER, Larry. **The people themselves** – Popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

³³⁶ TUSHNET, M. 1999.

³³⁷ BRANDÃO, R., 2022. p. 239-240.

³³⁸ Assim, a tendência da supremacia judicial seria maximizar os poderes da Corte e a consolidação de uma cultura de extrema deferência às decisões judiciais, ficando o ponto de ruptura com essa noção cada vez mais distante. KRAMER, L. 2004. P. 233.

³³⁹ KRAMER, L. 2004. P. 250.

³⁴⁰ A professora Juliana Cesário Alvim frisa também o aspecto, um tanto idealizado, relativo ao envolvimento das pessoas em geral com a atividade política. Em sua maioria, os cidadãos estariam mais voltados para seus assuntos privados e o “debate constitucional envolveria um número pequeno de participantes engajados, uma certa elite cuja atuação refletiria as disparidades da riqueza e do poder que existem na cultura política mais ampla.” Uma outra questão, também citada pela Professora Juliana Cesário, envolve a definição de povo. A noção de povo como uma unicidade, possuidor de uma convicção comum, capaz de construir um significado constitucional seria ilusória. Entre os componentes da sociedade, as vozes são múltiplas e o desacordo é persistente, de modo que o Constitucionalismo Popular pressupõe uma harmonia que não existe. GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição**. 2 ed. Salvador: JusPodium, 2020.. p. 54 e 55.

poder da Suprema Corte”,³⁴¹ o uso de mecanismos como cortes no orçamento do Judiciário, redução de suas competências, aumento do número de membros, descumprimento das decisões do Tribunal e impeachment dos juízes (court packing plan).³⁴²

Para Kramer, não haveria risco de fragilização do Poder Judiciário, pois o rigor das medidas tornaria seu uso bastante raro e estimularia a responsividade da Corte mais em razão da consciência da existência desses mecanismos do que do uso efetivo deles.^{343_344}

Mark Tushnet sustenta a visão de que a interpretação judicial não teria qualquer vantagem sobre a realizada pelos demais órgãos estatais,^{345_346} nem mesmo a expertise, que seria vinculada a análise do conteúdo e não a origem da decisão.³⁴⁷ Uma interpretação constitucional qualificada oriunda de órgãos não-judiciais seria, para o autor, comum em regimes democráticos com uma certa consolidação e tende a produzir consenso, mesmo sem a interferência judicial.^{348_349}

Os apontamentos do Constitucionalismo Popular alertam para a fragilidade do argumento de isolamento político do Judiciário³⁵⁰ e para a possibilidade de se gerar uma ausência de compromisso dos demais partícipes com a interpretação constitucional.³⁵¹ O caráter juriscêntrico da Supremacia Judicial habilita as Cortes a

³⁴¹ Um contraponto válido: não se pode desconsiderar o quanto movimentos populares podem ser tirânicos e conservadores. GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2708.

³⁴² KRAMER, L. 2004. p. 250.

³⁴³ KRAMER, L., 2004. p. 253.

³⁴⁴ Juliana Cesário Alvim aponta algumas críticas que são direcionadas aos posicionamentos de Kramer. Uma delas se liga a construção histórica desenvolvida pelo autor, que sustenta “uma cultura constitucional favorável a direitos e liberdades”, mas deixa de fora contextos muito significativos como o racismo e a escravidão. Outro apontamento relevante envolve a constatação de que pleitos populares não são necessariamente democráticos, sendo possível que se sustentem em um viés conservador ou totalitário. Nesse cenário, o Constitucionalismo Popular que surgiu como reação a um ambiente conservador da Corte Americana, é alocado por alguns entre os movimentos de extrema direita. GOMES, J., 2020. p. 53.

³⁴⁵ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights** - judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 111-161.

³⁴⁶ Inicialmente, a proposta de Tushnet era bem radical e envolvia a de aprovação de uma emenda constitucional que retirasse a Constituição do alcance das Cortes com duas medidas: (a) a conversão dos dispositivos constitucionais em normas principiológicas que não poderiam ser aplicadas pelos Tribunais e (b) a extinção do controle de constitucionalidade das leis federais. Tushnet, em trabalhos posteriores, modera seu discurso para propor um modelo de revisão judicial mais fraco, em que os Tribunais tenham uma postura de deferência com relação ao Legislativo e em que o Parlamento seja o detentor da capacidade de modificar, de forma descomplicada (por maioria simples), as decisões judiciais que considere inadequadas. BRANDÃO, R., 2022. p. 246.

³⁴⁷ TUSHNET, M. 1999. P. 174.

³⁴⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 244.

³⁴⁹ GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2702.

³⁵⁰ TUSHNET, Mark. **Non-judicial review**. In Harvard Journal of Legislation, v. 40. p. 453-492. 2003.

³⁵¹ TUSHNET, M. 1999. P. 57-58.

emitirem a última palavra sobre o sentido da Constituição³⁵² e com isso insinua que os demais agentes (políticos ou sociais) não participam do movimento interpretativo e, portanto, não tem responsabilidade (“descumprimento antecipado da Constituição”³⁵³), ou seja, não precisam observar a Constituição em sua atuação.³⁵⁴

O legislador ficaria mais livre para fazer escolhas claramente inconstitucionais, embora populares, em razão da consciência de que seus atos estão sujeitos a revisão pelo Judiciário, ou seja, haveria um estímulo a irresponsabilidade legislativa.³⁵⁵

O autor levanta também a questão de que ao revogar uma lei elaborada pelo Parlamento, o Tribunal pode distorcer a política pública. Essa nova modelagem oriunda da atuação judicial, em termos de estrutura, planejamento orçamentário e logístico, entre outros aspectos, fragiliza o sistema democrático ao substituir as razões e as escolhas coletivas do legislador.^{356,357}

A ideia que se defende no Constitucionalismo Popular é a de se buscar engajamento social e político na construção do sentido constitucional³⁵⁸, concedendo voz a todos os partícipes para que tenham chance de ver sua forma de entender a Constituição reconhecida e de ver, em algum momento, sua visão de mundo prevalecer.³⁵⁹

³⁵² Com relação a esse aspecto, Juliana Cesário Alvim aponta, como crítica a essa leitura “a falta de contraponto na ausência de uma autoridade judicial suprema capaz de definir e estabilizar o significado constitucional, diferenciando-o da política.” GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2710.

³⁵³ “Levando a discussão para o âmbito do Legislativo e defendendo sua condição de representante do povo, Mark Tushnet (2000) aponta que a supremacia judicial promoveria a irresponsabilidade do Congresso que, em determinados casos, calculando uma repercussão social positiva, passaria a provocar descumprimentos intencionais da Constituição, consciente de que sua decisão seria revista pela instância judicial.” GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2701-2702.

³⁵⁴ TUSHNET, Mark. 2008. p. 101.

³⁵⁵ BRANDÃO, R., 2022. p. 412.

³⁵⁶ TUSHNET, M. 2003. p. 453-492.

³⁵⁷ Autores como Tushnet e Waldron, alerta Juliana Cesário Alvim, “destacam a ação dos representantes eleitos, defendendo a supremacia no Legislativo”. A tese defendida por ambos não enfatiza “o exercício político do cidadão, seja como indivíduo, seja como coletividade por meio de movimentos sociais”. GOMES, J., 2020. p. 50.

³⁵⁸ A Teoria dos Diálogos Constitucionais assinala uma inconsistência que compromete a tese de Kramer e Tushnet: a premissa de que o significado constitucional está efetivamente nas mãos das Cortes. Os estudos de viés mais realista sustentam que, na verdade, o contexto não é de sujeição dos demais Poderes pela Supremacia Judicial, mas sim de interação entre os vários atores judiciais e não-judiciais. GOMES, J. 2020. p. 53-54.

³⁵⁹ A professora Juliana Cesário Alvim Gomes destaca a inexistência de contraponto no que tange a uma interpretação constitucional popular, que se funda na vontade das majorias. Não há qualquer mecanismo que se destine a prevenção da violação dos direitos fundamentais das minorias. Concluindo que o Constitucionalismo Popular trabalha com uma percepção um tanto distorcida da realidade “que ora supervaloriza o papel do Judiciário, conclamando o povo agir, e ora idealiza o papel desse mesmo povo, visto como dotado de engajamento e compromissado com os direitos e liberdades”. GOMES, J., 2020. p. 56.

1.2.3. Conclusão

A Supremacia Judicial pode ser entendida como sendo um diagnóstico pontual do realocamento de forças na estrutura de separação dos poderes. Ao longo da história, conforme demonstra Ginsburg, vários Estados vão se assentando em estruturas com poder mais fragmentado, sob o manto de regimes mais democráticos.³⁶⁰ E, nesse cenário, o Judiciário vai se postando como poder, inclusive político, e se contrapõe aos poderes majoritários mais tradicionais.

A noção de primazia das Cortes lança luz em um espaço delimitado desse movimento estrutural, realça a nova configuração que vai se construindo e que permite que o Judiciário ocupe espaços que eram das instâncias representativas. Para alguns, essa nova condição é motivo de críticas severas e tem um aporte democrático duvidoso; para outros é o caminho para se assegurar as próprias condições da democracia.

De toda forma, parece faltar à supremacia judicial a perspectiva de continuidade.³⁶¹ A palavra judicial que se sobrepõe a uma deliberação do Legislativo, não precisa ser definitiva, pode haver espaço estrutural para que o Parlamento atue e dispute esses espaços com um Judiciário capacitado para agir, mas não hegemônico e superior aos demais poderes.

Essa chave, que insere o elemento da continuidade na estrutura decisória dos poderes, que considera uma dimensão de construção, de processo interativo com múltiplas rodadas, apresenta a perspectiva dos Diálogos Constitucionais.

1.3. Teoria dos Diálogos Constitucionais

Esse tópico tem a função de fincar as bases normativas acerca da Teoria dos Diálogos, marcando suas características e também as críticas a que se sujeita. Em razão o recorte dessa pesquisa, não há a pretensão de uma análise completa da temática. Desse modo, a chave usada para explicação desse aporte teórico é a relação dos poderes Legislativo e do Judiciário em seu modo de atuação, já que esse é o ponto específico para a qual vamos nos direcionando.

³⁶⁰ “Da análise histórica, verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos.” SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 133.

³⁶¹ Essa é uma crítica relevante que parte dos Diálogos Institucionais. “Ao defender a necessidade de que o povo tenha a última palavra sobre o significado da Constituição, parte-se do pressuposto descritivo equivocado de que o Judiciário teria atualmente a última palavra, mito que teria sido desconstruído pelos teóricos que defendem que o diálogo existe e é constante.” GOMES, J., 2020. p. 53.

Nesse passo, o objetivo aqui é a revisão teórica das características da Teoria dos Diálogos para, no próximo capítulo, avaliarmos sua presença e seu arranjo estrutural no sistema pátrio.

1.3.1. Notas Introdutórias

A Teoria dos Diálogos Constitucionais busca um caminho entre a Supremacia Judicial e a Supremacia Parlamentar,³⁶² com o objetivo de construir uma forma mais legítima de definição do sentido constitucional e se apoia na comunicação entre os poderes³⁶³ como sistemática capaz de refrear abusos, minimizar o risco de falha e expandir controles mútuos.³⁶⁴

A palavra “diálogo” envolve a noção de igualdade, oportunidade e respeito recíprocos. Apresenta uma estrutura em que há mais do que disputa entre adversários,³⁶⁵⁻³⁶⁶ que permite encarar a revisão judicial³⁶⁷ e o processo legislativo³⁶⁸ com mais credibilidade, apostando nas contribuições positivas de cada instituto.³⁶⁹

A noção de Supremacia Judicial que reconhece (seja para apoiar ou para criticar) a última palavra como propriedade do Judiciário expõe uma análise muito setorizada e simplificada de um mecanismo altamente intrincado e muito amplo.³⁷⁰⁻³⁷¹

O foco na Supremacia Parlamentar, igualmente, deixa de considerar algumas questões importantes como a vulnerabilidade das minorias e as possíveis distorções do sistema eleitoral.³⁷²

³⁶² BRANDÃO, R., 2022. p. 31.

³⁶³ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: Brooklyn Law Review v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006. p. 1109.

³⁶⁴ BRANDÃO, R., 2022. p. 412.

³⁶⁵ MENDES, C. H. 2011. p. 105.

³⁶⁶ Parte da reflexão acerca da interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na tarefa de interpretação e aplicação da constituição. BATEUP, C. 2006. p. 1109.

³⁶⁷ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 3769.

³⁶⁸ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 3768.

³⁶⁹ MENDES, C. H. 2011. p. 97.

³⁷⁰ BRANDÃO, R., 2022. p. 94.

³⁷¹ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 3766.

³⁷² Eleições por si só não asseguram uma cultura de tolerância e de respeito a minorias vulneráveis. Algumas vezes, pelo contrário, podem reviver e reproduzir o conflito étnico existente anteriormente, no qual uma maioria de um grupo dominante, agora aparentemente legitimada pela vitória no processo eleitoral, pode impor uma estrutura opressiva, perpetuando o problema histórico de intolerância naquela sociedade. ISSACHAROFF, S.2013. p.14-20

A Teoria dos Diálogos aponta os limites e as insuficiências³⁷³ das teorias da última palavra e impulsiona o reconhecimento da coexistência de Parlamentos e Cortes³⁷⁴, sem que se tenha que escolher necessariamente um ou outro.³⁷⁵⁻³⁷⁶

Optamos pela abordagem teórica³⁷⁷ que percebe os diálogos interinstitucionais³⁷⁸ como uma realidade, ou seja, uma dinâmica que já acontece, não demandando projeto de implementação ou legislação que assegure sua ocorrência, pois, conforme sustentam Post e Siegal, “é inevitável”.³⁷⁹

A Teoria dos Diálogos Constitucionais³⁸⁰ engloba algumas vertentes que divergem entre si acerca de como as interações acontecem ou da posição do Judiciário e do Legislativo nesses cenários.³⁸¹

Para alguns teóricos,³⁸² a função judicial seria incentivar o debate, por meio do aconselhamento,³⁸³ do foco no procedimento³⁸⁴ ou através de uma postura

³⁷³ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4591-4593.

³⁷⁴ WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013. p. 113.

³⁷⁵ MENDES, C. H. 2008. p. 108.

³⁷⁶ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4890.

³⁷⁷ A Teoria dos Diálogos Institucionais apresenta algumas correntes com uma abordagem mais empírica (como a de Barry Friedman) e outras vertentes com caráter mais normativo (como a de Peter Hogg e Alison Bushell). As linhas mais empíricas percebem os diálogos como um resultado da separação de Poderes, um produto do desenho institucional, verificável na prática ao se observar a atuação das Cortes e a superação ou o aval das decisões judiciais pelos demais Poderes. As abordagens normativas tratam os diálogos como uma demanda, exigência normativa, que estabeleça essa comunicação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. GODOY, M. G. de. 2015. p. 151.

³⁷⁸ MENDES, C. H. 2011. p. 159.

³⁷⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución e pueblo**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013. p. 118.

³⁸⁰ A ampliação da compreensão dos Diálogos Constitucionais deve ser vista com cuidado, pois caso contrário, qualquer situação de interação entre as instituições poderia ser acomodada nessa categorização. Kent Roach esclarece que existem alguns casos em que o diálogo entre os Poderes chega a um nível tal de desafio que se configura mais como uma “batalha de gritos” (“shouting match”) do que como uma interação efetiva capaz de construir. Um exemplo seria o cenário em que parlamentares reeditam a lei inconstitucional contrariando expressamente a posição do Tribunal. ROACH, Kent. **Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures**. Canadian Bar Review, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 487.

³⁸¹ Para maiores detalhes acerca das vertentes consultar BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. In: Brooklyn Law Review v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006. p. 1123-1179

³⁸² BATEUP, C. 2006. p. 1123-1179.

³⁸³ O Judiciário teria o papel de aconselhar os demais agentes, numa dimensão educativa, incentivando o legislador a reavaliar seus atos e a corrigir as questões problemáticas, sob pena de o próprio Judiciário, no futuro, declarar a inconstitucionalidade desses atos normativos. Eric Luna e Neal Kumar Katyal seriam acadêmicos comprometidos com essa visão. BATEUP, C. 2006. p. 1123-1128. Ver também MENDES, C. H. 2008. p.117.

³⁸⁴ O Judiciário teria a função de garantir que os agentes envolvidos no processo legislativo levem a sério os valores constitucionais, tendo a capacidade de compelir esses poderes a reconsiderar suas escolhas, de modo a contemplar devidamente esses preceitos fundamentais. Essa visão considera que os agentes políticos são capazes de levar em conta, nas suas escolhas, valores constitucionais e reconhece uma maior área para que as autoridades não-judiciais resolvam questões constitucionais. BATEUP, C. 2006. p. 1128-1131.

minimalista³⁸⁵. Para outras vertentes³⁸⁶, existem questões estruturais que revelam a insuficiência das teorias da última palavra para explicar as interações reais, como as baseadas na coordenação das competências³⁸⁷ ou no poder das Cortes de argumentar por meio de princípios e levar os demais agentes a fazerem o mesmo.³⁸⁸

Parte da doutrina aposta na especialização das funções, que tem o potencial de reconhecer as colaborações diferentes de cada Poder (Parceria)³⁸⁹ e temos também as teorias que mesclam características das várias vertentes dos Diálogos (Equilíbrio),³⁹⁰ concluindo que, embora o Judiciário tenha sua importância, a definição do sentido constitucional é complexa e conta com a participação dos demais Poderes e de múltiplos setores da sociedade.³⁹¹ É um empreendimento coletivo.³⁹²

Christine Bateup contribui com a sugestão de uma fusão dialógica das teorias do equilíbrio e das teorias da parceria. Explica a autora que as duas vertentes juntas permitem uma rota que reconhece as diferentes competências e habilidades de cada

³⁸⁵ A teoria Minimalista já foi abordada no tópico de críticas à Supremacia Judicial. A relação entre a Teoria Minimalista e a Teoria dos Diálogos pode ser encontrada na obra de Bateup em: BATEUP, C. 2006. 1131-1135.

³⁸⁶ As Teorias Estruturais do Diálogo sustentam que, inseridos na dinâmica constitucional, existem mecanismos políticos e institucionais que permitem as instâncias majoritárias reagir às decisões judiciais com as quais não concordem. Esse sistema de interface possibilita uma troca de razões entre os poderes em que todos ganham. São autores vinculados a essa chave interpretativa Michel Perry, John Agresto e Kent Roach. BATEUP, C. 2006. p. 1136-1144.

³⁸⁷ Para essa tese, a Constituição não atribuiu a função de definir seu sentido a nenhum poder específico, esse papel pertence tanto aos setores judiciais como aos setores não-judiciais do Estado. Cada Poder teria competência para produzir as interpretações constitucionais afetas a suas próprias funções “coordenadas e independentes”. A decisão das Cortes poderia ser contestada pelos agentes majoritários, “não haveria um detentor da última palavra, mas uma solução provisória, precária, que poderá sempre ser revista no futuro.” Embora as instâncias majoritárias disponham da capacidade de reverter a palavra judicial, o ponto central para se assumir esse enfrentamento não estaria na defesa de valores constitucionais, mas no cálculo estratégico do custo e do desgaste que a conduta pode significar. BATEUP, C. 2006. p. 1136.

³⁸⁸ O Judiciário, como guardião dos Direitos Fundamentais, seria a figura central do processo de diálogo, inspirando uma visão baseada em princípios constitucionais, e levando os demais Poderes a responderem com base em princípios. Parte dessa vertente confere destaque ao papel do Legislativo, que possui a capacidade de angariar informações de fontes diversificadas, trabalhando constantemente com uma gama variada de interesses e pode levar para a pauta reivindicações e ponto de vista que, por vezes, não chegam aos Tribunais. As Cortes estariam mais aptos para qualificar o debate em razão de seu isolamento político e como o diálogo gira no entorno do Judiciário, é essencial a existência de capacidade de reação legislativa, garantindo um processo mais democrático de definição constitucional. BATEUP, C. 2006. p. 1143-1144.

³⁸⁹ Para o Modelo da Parceria, os vários departamentos governamentais colaboram de formas singulares para a construção de um diálogo que não precisa girar em torno da decisão judicial. Nessa visão neoinstitucionalista, cada instituição tem funções e valores próprios que vão diferenciá-la das demais, ou seja, as atribuições diversas fomentam uma contribuição específica de cada instituição. Podemos citar Janet Hiebert como referência nessa vertente. BATEUP, C. 2006. p.1168.

³⁹⁰ Esse aporte teórico percebe o Judiciário como um órgão relevante ao catalisar o debate constitucional entre as demais instituições e no seio da sociedade, oportunizando decisões mais maduras e perenes. O Judiciário continua tendo uma relevância perceptível, mas não apenas a instancia judicial, como os demais Poderes e os setores da sociedade tem espaço e expressão. Barry Friedman, William Eskridge, Philip Frickey, Robert Post e Reva Siegel são nomes relevantes nessa vertente. BATEUP, C. 2006. p.1157-1158.

³⁹¹ BATEUP, C. 2006. p.1158-1165.

³⁹² BATEUP, C. 2006. p.1158-1165.

um dos intérpretes da Constituição³⁹³ e não se sustenta na hegemonia interpretativa de nenhum dos Poderes.³⁹⁴ Essa combinação teria, também, o benefício de não excluir um certo viés normativo ao acrescentar a necessidade de dispositivos constitucionais e legais que incentivem esse diálogo entre os partícipes oficiais e não-oficiais.³⁹⁵

Nesse sentido, a ideia seria combinar a perícia do Poder Legislativo na criação de leis e políticas públicas com a especialização do Poder Judiciário em interpretar e aplicar princípios, sem que haja qualquer prevalência de um sobre o outro.^{396_397}

O Poder Legislativo teria a consciência, ao elaborar seus atos, da possibilidade de revisão desses pelo Poder Judiciário.³⁹⁸ E após a revisão judicial, os canais de diálogo entre os Poderes e entre esses e a sociedade devem permanecer abertos,³⁹⁹ possibilitando o refinamento do debate e a redefinição do sentido da Constituição.⁴⁰⁰

Resumindo, a tese defende o reconhecimento de um comportamento relacional (que já existe) entre os Poderes na interpretação da Constituição, pautado no exercício de competências e habilidades singulares e regulado por normas, necessárias para estimular e favorecer o diálogo, do modo que a interação não fique dependente apenas da vontade de cada Poder ou de seus membros.⁴⁰¹

Dentro da Teoria dos Diálogos, vamos destacar, nas próximas subdivisões, algumas vertentes, pela contribuição que trazem para o desenvolvimento da dissertação. Não há a proposta de esgotar os argumentos trazidos pelos autores, apenas o propósito de pôr em evidência alguns elementos que serão resgatados ao longo desse trabalho.

³⁹³ BATEUP, C. 2006. p.1174-1175.

³⁹⁴ BATEUP, C. 2006. p.1174-1175.

³⁹⁵ BATEUP, C. 2006. p.1174-1175.

³⁹⁶ BATEUP, C. 2006. p.1170-1171.

³⁹⁷ Para o autor, em uma democracia, a Constituição é importante demais para ser deixada nas mãos apenas do Judiciário e, exatamente por isso, parte em defesa de uma opção que promova a distribuição da autoridade interpretativa por entre várias instituições (referindo-se aos poderes judiciário, executivo e legislativo), cada uma “suprema” na sua própria esfera e nenhuma “suprema” em sua integralidade. WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history.** Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 27.

³⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306-311.

³⁹⁹ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4583.

⁴⁰⁰ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4788.

⁴⁰¹ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4874-4876.

1.3.1.1. As questões postas pelo debate canadense⁴⁰²

Para Hogg e Bushell, o sistema de controle de constitucionalidade da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 atende a um padrão democrático satisfatório.⁴⁰³ Com base em uma consistente pesquisa empírica, concluem que, em grande parte das situações em que a inconstitucionalidade de uma lei foi reconhecida pelo Judiciário, o Legislativo reagiu, criando novas leis que atingiam os mesmos objetivos daquelas que haviam sido anuladas.⁴⁰⁴

O Controle de Constitucionalidade seria capaz de gerar diálogos institucionais, vez que a manifestação do Tribunal, em geral, vai desencadear a possibilidade de os órgãos legislativos revisarem suas leis, levando em consideração a decisão da Corte.⁴⁰⁵ Em suma, a revisão judicial não seria um veto as escolhas das instâncias representativas, mas sim o início de um diálogo.⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷

Para os autores, a objeção contramajoritária ao *judicial review* não pode ser sustentada,⁴⁰⁸ ao menos no cenário canadense, vez que a arquitetura constitucional permite ao Legislativo dar combate a decisão judicial da qual discorde.⁴⁰⁹ Dito de outra forma, se a posição da Corte, que invalida um ato legislativo, pode ser revertida,

⁴⁰² Para um panorama geral acerca do debate canadense na literatura nacional ver BRANDÃO, R. 2022. p. 343-347; GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4792-44826 e HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? Curitiba: **Revista de Investigações Constitucionais da UFPR**. vol. 8, janeiro/abril 2021. p. 209-236.

⁴⁰³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. p. 876

⁴⁰⁴ Em sua pesquisa, constatam que de 65 casos em que houve o reconhecimento judicial de inconstitucionalidade da lei, em 44 deles (2/3), o respectivo órgão legislativo modificou a lei impugnada. Na maior parte dos casos, singelas alterações foram suficientes para adequar a legislação aos termos constitucionais, sem comprometer os seus objetivos dos parlamentares. HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 80-81.

⁴⁰⁵ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 79-80.

⁴⁰⁶ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 124.

⁴⁰⁷ Além disso, os autores destacam que “Os legisladores do Canadá não são indiferentes às preocupações de igualdade e liberdades civis que são levantadas nos casos da Carta, e nem sempre esperam que um tribunal os “force” a emendar suas leis antes de estarem dispostos a considerar leis mais justas, menos restritivas ou mais inclusivas. A influência da Carta vai muito além dos limites do que os juízes definem como obrigatórios.” (tradução livre) HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 105.

⁴⁰⁸ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 105.

⁴⁰⁹ Hogg e Bushell mencionam quatro mecanismos da Constituição do Canadá que permitem ao Legislativo reagir a decisões judiciais, para os fins do trabalho, destacaremos dois deles:

(a) a cláusula do “não obstante” (“*notwithstanding clause*”), prevista na seção 33 da Carta, confere aos órgãos legislativos o poder de superação legislativa (“*power of legislative override*”) e consiste, nas palavras dos autores, na “maneira mais óbvia e direta de superar uma decisão judicial”;

(b) o mecanismo previsto na seção 1 da Constituição (“*limitation clause*”), que permite ao legislador estabelecer limitações razoáveis aos direitos e liberdades fundamentais, ao passo que os tribunais poderão analisar se a medida restritiva imposta pela lei, tem base nos seguintes critérios: teste de legitimidade; teste de racionalidade; teste de necessidade e teste de proporcionalidade. Para maiores detalhes ver HOGG, P.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 82-91.

modificada ou evitada por uma nova lei, a preocupação com a supremacia judicial vai se diluindo.⁴¹⁰

No caso de a lei vir a ser declarada inconstitucional pelos tribunais, caberá ao órgão legislativo levar em consideração as razões trazidas pelo Judiciário, para, então, decidir se irá adaptar a lei para atingir o fim pretendido, modificá-la, para compatibilizá-la com os fundamentos do Tribunal;⁴¹¹ ou, em último caso, reagir à posição judicial por meio da reedição da lei.⁴¹² Essa decisão legislativa sobre como responder a posição da Corte é central para esse aporte teórico e caracteriza a existência de um diálogo.⁴¹³

Kent Roach sustenta que haverá um diálogo ordinário quando os tribunais se manifestarem sobre a razoabilidade das leis limitadoras de direitos fundamentais, dando ensejo para que o Legislativo amplie o debate. O Parlamento, ao discutir a questão, levando em conta as razões do Judiciário, poderá optar por modificar e adequar a legislação. Tanto os tribunais, quanto os legisladores trarão, cada qual, aportes diferentes e complementares a respeito das medidas restritivas de direitos (uso das capacidades institucionais). Seria, pois, uma modalidade habitual de diálogo.⁴¹⁴

Para Roach, o ativismo legislativo se caracteriza pelas reações dialógicas do Parlamento, que compreendem a edição de novas leis que consideram (seja para concordar, seja para discordar) a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário, sem com isso afrontar a Corte.⁴¹⁵

Porém, se o Legislativo decidir dar ao Judiciário uma “resposta na sua cara” (“*in your face reply*”), sustentando que a interpretação judicial da Constituição não é aceitável, poderá reeditar a lei inconstitucional (contrariando expressamente a posição do Tribunal), dando espaço para uma hipótese de diálogo extraordinário.⁴¹⁶

Roach sustenta que quando a conversa entre os Poderes chega a esse nível, não haverá diálogo e sim uma “batalha de gritos” (“*shouting match*”), uma forma

⁴¹⁰ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 80.

⁴¹¹ “é raro que o defeito constitucional não possa ser remediado” HOGG, P. W.; BUSHELL, A. 1997. p. 81.

⁴¹² HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 85.

⁴¹³ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 82.

⁴¹⁴ ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 486.

⁴¹⁵ ROACH, K. 2001. p. 532.

⁴¹⁶ ROACH, K. 2001. p. 487.

excepcional de resposta, que implica superação legislativa da interpretação da Constituição dada pela Corte.⁴¹⁷⁻⁴¹⁸

1.3.1.2. As questões postas pelo Constitucionalismo Popular Mediado

Barry Friedman, em sua tese, chama a atenção para o fracasso em se isolar o Direito da Política.⁴¹⁹ O autor recupera vários exemplos históricos que dão suporte a sua afirmação de que, em casos paradigmáticos, as Cortes se manifestam de forma política,⁴²⁰ descartando a ideia da neutralidade judicial.⁴²¹

Para Friedman, os Tribunais não encerram o debate com sua atuação. Logo, tomando como referência um contorno mais amplo, as manifestações dos magistrados sustentam um processo vasto de “decisão judicial – resposta popular – (re)decisão judicial”, ou seja, a decisão é o início de um processo dialógico.⁴²²

Assim, não faz sentido a tentativa de se devolver a Constituição ao povo,⁴²³ pois, para Friedman, na realidade, múltiplos partícipes sempre estiveram envolvidos no processo de disputa constitucional.⁴²⁴

A Corte, na condição de um dos players desse processo, tem a vantagem de trazer para agenda assuntos que estavam fora do circuito político e de organizar os

⁴¹⁷ ROACH, K. 2001. p. 525.

⁴¹⁸ Ainda que o Parlamento tenha vencido a batalha no grito, ele terá uma oportunidade de rever a questão em um momento de serenidade, após o decurso do período de 5 anos (Cláusula do não obstante - “*notwithstanding clause*”), possibilitando uma segunda análise mais sóbria a respeito do assunto.

Caso não seja reeditada a lei, a posição da Corte persistirá como uma interpretação válida da Constituição, seja porque funcionou como um fator levado em conta no debate sobre a reedição ou não da lei após os 5 anos, seja porque operará como um precedente para os tribunais de instâncias inferiores, que poderão declarar inconstitucional a lei que havia sido reeditada pelo Legislativo como uma “resposta na sua cara” ao Judiciário. ROACH, K. 2001. p. 487 e 525.

Um exemplo, citado por Hogg e Bushell ocorreu no processo Ford v. Quebec (A.G.), em 1988. A da Suprema Corte do Canadá derrubou a lei de Quebec que proibia o uso de outros idiomas, que não o francês, em sinais comerciais. Após essa decisão, Quebec promulgou uma nova lei que continuava a proibir o uso de qualquer idioma, exceto o francês, em todos os sinais ao ar livre e protegeu a nova lei com a “cláusula de não obstante”. A lei, com sua cláusula não obstante, foi promulgada em 1988, mantendo a norma em vigor até 1993 (5 anos). Em 1993, a Assembleia Nacional de Quebec promulgou uma nova lei que permitia o uso de outros idiomas, além do francês, em todos os sinais ao ar livre, desde que o francês também fosse usado e fosse “predominante”. HOGG, P; BUSHELL, A. 1997. p. 84.

⁴¹⁹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005. P. 258.

⁴²⁰ Para estudo de casos no cenário nacional ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. UNICEUBE, Volume 14 nº 1, 2017. p. 412 - 415.

⁴²¹ FRIEDMAN, 2005, p. 257-260

⁴²² FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009 (eBook).

⁴²³ DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 68-70.

⁴²⁴ Além disso, conforme aponta Juliana Cesário Alvim, para Friedman, “muitas críticas direcionadas ao controle judicial de constitucionalidade baseiam-se na falsa ideia de que a opinião dos juizes vai de encontro aos anseios do povo. Segundo ele (Friedman), na maioria das vezes, a Corte decidiria, sim, de acordo com a vontade popular (...).” GOMES, J., 2020. p. 48.

argumentos de grupos diferentes, facilitando o processo de compreensão. Em suma, a jurisdição constitucional é, não só compatível com a democracia,⁴²⁵⁻⁴²⁶ mas um elemento que contribui para a consolidação da vontade popular.⁴²⁷

Segundo o Constitucionalismo Popular Mediado, o Tribunal atua como modelador da discussão sobre valores constitucionais em toda a sociedade.⁴²⁸ Friedman apresenta o processo de decisão e redescisão, assim como o backlash (forma de resistência às decisões judiciais) por uma perspectiva positiva,⁴²⁹ que pode levar a alteração dos rumos dos precedentes da Corte,⁴³⁰ equilibrando, ao longo do tempo, as interpretações judiciais e não-judiciais.⁴³¹

1.3.1.4. As questões postas pelo Constitucionalismo Democrático

Desenvolvido pelos professores norte-americanos da escola de Yale, Robert Post e Reva Siegel, o Constitucionalismo Democrático percebe uma relação entre o constitucionalismo e a supremacia judicial que não envolve oposição e sim confluência para o funcionamento da democracia.⁴³²

As Cortes não seriam entidades silenciadoras dos demais integrantes da sociedade e, na verdade, atuariam com segmentos sociais e com os demais Poderes na construção de um projeto constitucional em constante movimento e, no centro dessa edificação, está, não a unidade, mas o desacordo.⁴³³ A democracia envolve

⁴²⁵ A lei não é sempre majoritária. A revisão judicial não é sempre contramajoritária. FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. In: Michigan Law Review, V. 91, n. 4, p. 577/562, 1993. p. 586.

⁴²⁶ No Constitucionalismo Popular Mediado, observa Juliana Cesário Alvim, a Corte “estaria sujeita a mecanismos de controle popular através da opinião pública, cujo apoio seria necessário para que o Judiciário sobrevivesse aos ataques dos outros poderes e tivesse suas decisões implementadas.” GOMES, J., 2020. p. 48.

⁴²⁷ Para Friedman as decisões dos tribunais devem refletir as preferências populares, mas nem sempre a identificação com a vontade imediata do povo. Ocorre, em alguns casos, de o tribunal desviar-se da opinião popular momentânea em defesa de ideais caros ao projeto constitucional em construção. FRIEDMAN, Barry. **Mediated Popular Constitutionalism**. In: Michigan Law Review, V. 101, aug./ 2003. p. 2.599-2.601.

⁴²⁸ DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 69.

⁴²⁹ No controle de constitucionalidade, há um intercâmbio inevitável entre opinião pública, imprensa, tribunais inferiores, instituições políticas, etc., que leva a constituição para além do confinamento do direito. Tal influência não deslegitima a autoridade da decisão judicial, garantindo justamente a sua permanência em uma democracia plural marcada pela persistência de desacordos. DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 68-70.

⁴³⁰ “Note-se que Friedman considera já haver, de certa maneira, constitucionalismo popular mediado na forma como as cortes atuam, sujeitas a mecanismos de diálogos e pressões populares.” GOMES, J., 2020. p. 47.

⁴³¹ FRIEDMAN, B. 2009. E-Book .

⁴³² POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy**. In: California Law Review, v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1.030.

⁴³³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Faculty Scholarship Series. 169. 2007, p. 373-433. Disponível em: <https://bit.ly/31v3UF5>. Acesso em: 13.06.2022. p. 374.

dissenso,⁴³⁴ ou seja, admite que vários atores reivindiquem um sentido de Constituição conciliável com sua visão de mundo.⁴³⁵

Como a sociedade é plural (o significado de vida boa é diferente para uns e para outros), aparecem divergências intensas⁴³⁶ e a função do Poder Judiciário é solucionar o conflito. A manifestação judicial encerra o caso concreto, mas não o desacordo nele existente.⁴³⁷ Abre-se, após uma decisão, novas rodadas de debates políticos em que os demais Poderes, as instituições e os movimentos sociais podem criticar e discordar do desfecho oferecido pelo Judiciário.⁴³⁸

O Constitucionalismo Democrático problematiza algumas das premissas das Teorias da última palavra, como a de que os juízes, apartados dos processos políticos,⁴³⁹ integrariam a ordem constitucional enquanto fóruns de princípios (distinção entre decisão política e decisão de princípios de Dworkin).⁴⁴⁰

Outras premissas questionadas são (i) a de que o direito seria capaz de restringir as decisões judiciais, afastando julgamentos políticos e as convicções pessoais dos magistrados⁴⁴¹ e (ii) a pretensão de se transferir a última palavra em direitos fundamentais para o Legislativo, sustentada na falta de responsividade democrática das Cortes (ideia, defendida por Waldron, que crítica a visão do Judiciário como uma de aristocracia judicial, ou seja, um órgão composto por uma minoria de magistrados com capacidades intelectuais superiores).⁴⁴²

A leitura do Constitucionalismo Democrático, embora realoque o Judiciário para o meio do processo de definição do significado constitucional,⁴⁴³⁻⁴⁴⁴ ainda o mantém em um papel de destaque,⁴⁴⁵ reconhecendo sua capacidade institucional.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷

⁴³⁴ GOMES, J., 2020. p. 47.

⁴³⁵ DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 71.

⁴³⁶ POST, Robert. **Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics.** California Law Review, vol 98, 2010. P. 23.

⁴³⁷ DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 71.

⁴³⁸ POST, R.; SIEGEL, R., 2013. p. 20 e 21.

⁴³⁹ POST, R.; SIEGEL, R., 2007. p. 395.

⁴⁴⁰ DANTAS, I.; FERNANDES, B., 2019. p. 71.

⁴⁴¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power.** Faculty Scholarship Series, paper 182, 2002. p. 20.

⁴⁴² WALDRON, J. 1999. p. 15.

⁴⁴³ POST, R. SIEGEL, R. 2002. p. 20.

⁴⁴⁴ GOMES, J. 2022, p. 2703.

⁴⁴⁵ Esclarece, Juliana Cesário Alvim, que para Post e Siegel, “(...) apesar da importância do papel da corte nesse processo, ele é composto da tensão negociada entre a lei e o autogoverno e envolve inflexão do significado constitucional na direção da crença popular, ao mesmo tempo em que mantém sua integridade como lei.” GOMES, J., 2020. p. 47.

⁴⁴⁶ POST, R; SIEGEL, R. 2009. p. 20.

⁴⁴⁷ “O constitucionalismo democrático, portanto, oferece uma nova perspectiva sobre os efeitos potencialmente construtivos de reação.” A oposição ao sentido judicial não deslegitima a Constituição e tampouco a própria

A tese afasta teorias e interpretações baseadas na obtenção de consenso, pois que enaltecem um intérprete em detrimento dos demais.⁴⁴⁸ O conflito é parte da disputa do sentido constitucional e não uma ameaça,⁴⁴⁹ ou seja, as reações e contrarreações às decisões judiciais são uma forma importante de se reivindicar o sentido constitucional, dialogando e tensionando as Cortes em direção aos valores populares mais profundos.⁴⁵⁰

1.3.2. Diálogos Constitucionais

Tanto para o Constitucionalismo Popular Mediado, como para o Constitucionalismo Democrático, a função das Cortes seria assegurar estabilidade e segurança jurídica, protegendo as regras do jogo democrático e assegurando que a arena política esteja sempre aberta e a todos.⁴⁵¹⁻⁴⁵² A garantia de um debate amplo, permite que as interpretações judiciais e não-judiciais se tensionem na elaboração do sentido da Constituição.⁴⁵³⁻⁴⁵⁴

Nesse contexto, as capacidades institucionais do Judiciário e do Legislativo⁴⁵⁵, na tarefa de interpretar o texto constitucional, devem ser encaradas de forma realista.⁴⁵⁶ Nem um olhar idealizado demais (para o Legislativo⁴⁵⁷ ou para o Judiciário⁴⁵⁸), nem uma percepção negativa demais para qualquer dos poderes.⁴⁵⁹ Em

jurisdição constitucional, antes, compõe o processo de legitimação no ambiente democrático. POST, R.; SIEGEL, R., 2007. p. 375.

⁴⁴⁸ Nesse sentido, Juliana Cesário Alvim assinala que, para o Constitucionalismo Democrático, “(..)os entendimentos constitucionais das pessoas comuns convivem em um delicado equilíbrio com o Direito Constitucional emanado das cortes, reforçando-se mutuamente em um processo generativo ao longo do qual se confere legitimidade e efetividade às decisões judiciais.”. GOMES, J., 2020. p. 47.

⁴⁴⁹ POST, R.; SIEGEL, R., 2007. p. 374.

⁴⁵⁰ Não há, no Constitucionalismo Democrático, proposta de se excluir o Judiciário da construção do sentido constitucional. A Corte tem papel importante para garantir as condições do debate (igualdade, liberdade, direitos sociais, prerrogativas necessárias a participação do cidadão), portanto, a Supremacia Judicial confere estabilidade e segurança judicial, garantindo resposta aos conflitos e divergências. POST, R. SIEGEL, R. 2007, p. 375.

⁴⁵¹ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 3767-3768.

⁴⁵² BRANDÃO, R., 2022. p. 31.

⁴⁵³ POST, R. SIEGEL, R. 2007, p. 375.

⁴⁵⁴ Juliana Cesário Alvim salienta que tanto Friedman, quanto Post e Siegel, justificam o modelo de controle de constitucionalidade judicial, “desde que haja mecanismos populares de revertê-lo (...).”GOMES, J., 2020. p. 50.

⁴⁵⁵ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4905-4906.

⁴⁵⁶ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4433-4435.

⁴⁵⁷ Os defensores da Supremacia Parlamentar, sustentam uma visão idealizada do legislador, como aquele que dá voz ao povo, fazendo valer sua vontade e não deve ser subjugado pelo magistrado, visto de forma ácida, como um agente antidemocrático e elitista, que usurpa o poder e o retira da esfera de ação das maiorias políticas. BRANDÃO, R., 2022 e SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 134.

⁴⁵⁸ A Supremacia Judicial tende a uma percepção romantizada do magistrado, entendido como um agente que faz valer a vontade do povo, externada pelo Poder Constituinte, defendendo-a do legislador, que é demonizado e pintado como um agente político veiculador da tirania das maiorias. BRANDÃO, R., 2022 e 2022 e SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 134.

⁴⁵⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 167.

suma, os atos dos parlamentares não representam sempre e imperiosamente a vontade da maioria ⁴⁶⁰ - ⁴⁶¹ e as decisões judiciais, por outro lado, não são contramajoritárias em todas as situações.⁴⁶²⁻⁴⁶³

Os diálogos interinstitucionais, apoiados em análises empíricas, revelam que a interface entre Parlamentos e Cortes⁴⁶⁴ não se pauta em uma relação de domínio (atuação unilateral de qualquer dos Poderes).⁴⁶⁵ Na companhia de Miguel Godoy, é possível se sustentar que “o exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo.”⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷

Não se chega a uma melhor performance interpretativa ou a uma decisão mais saudável (independentemente da autoridade com a função de decidir), com a atuação dos parlamentares ou dos Tribunais de forma isolada. Para otimizar o potencial decisório, se aposta na deliberação, ou melhor, na interação deliberativa que tem a capacidade de levantar as melhores razões públicas para justificar as posturas e os julgamentos.⁴⁶⁸

Esse aporte teórico coloca em xeque algumas premissas das Teorias da última palavra e podemos sintetizar os pontos mais relevantes para as relações entre Legislativo e Judiciário:

(a) Percebe como falácia do isolamento político e da neutralidade do Judiciário;⁴⁶⁹

⁴⁶⁰ Em nações multiculturais – onde não exista homogeneidade cultural, étnica ou religiosa – eleições podem não ser suficientes para garantir a estabilidade política e uma cultura de respeito a direitos individuais. O processo majoritário sozinho pode não evitar que uma minoria estigmatizada seja tiranizada por uma maioria legitimamente eleita. Por essa razão, muitas democracias recentes, ao mesmo tempo em que instituíram um processo eleitoral democrático, optaram por um controle judicial de constitucionalidade forte para limitar o poder da autoridade democrática. ISSACHAROFF, S. 2013. p.14-20.

⁴⁶¹ Para estudo de casos nacionais ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. p. 403 – 424. UNICEUBE, Volume 14 n° 1, 2017.

⁴⁶² BRANDÃO, R., 2022. p. 412.

⁴⁶³ MELLO, P. P. C. 2017. p. 420.

⁴⁶⁴ MENDES, C. H. 2011. p. 161.

⁴⁶⁵ BRANDÃO, R., 2022. p. 415.

⁴⁶⁶ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4909.

⁴⁶⁷ Congresso Nacional e STF participam da formulação do significado da Constituição e a revisão judicial é um elemento importante do processo, não pela capacidade de fornecer a resposta certa ou a resposta mais justa, mas como técnica formal de contraposição, é uma garantia institucional que compõe o ambiente democrático. MENDES, C. H. 2008. p. 65.

⁴⁶⁸ MENDES, C. H. 2011. p. 169.

⁴⁶⁹ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4584-4585.

(b) Essa chave interpretativa desloca o foco da decisão para a dinâmica que a sucede (ideia de construção constante de processo).⁴⁷⁰ E, nesse cenário, a competência das Cortes Constitucionais pode lhes conceder um lugar de destaque na interpretação Constitucional,⁴⁷¹ mas está longe de lhes garantir a deferência dos demais Poderes.⁴⁷²

(c) Ressalta a capacidade de reação política e social aos posicionamentos dos Tribunais por uma perspectiva positiva, como instrumento de legitimação do processo democrático, um mecanismo institucional de participar do processo de construção do sentido constitucional e de limitar a atuação do Judiciário.⁴⁷³

1.3.3. Críticas à Teoria dos Diálogos

Aqui agrupamos algumas das críticas que são feitas a essa tese. Não é o intuito do trabalho esgotar os argumentos contrários à Teoria dos Diálogos e foram selecionadas aquelas considerações que mais se relacionam com o objeto do trabalho. Enfrentar as críticas é um aspecto importante para refinar o debate e encontrar novas saídas para as dificuldades que são apontadas.

Luc Tremblay aponta a existência de limites à capacidade de os Diálogos Institucionais legitimarem democraticamente o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Embora reconheça a possibilidade de diálogos entre tribunais e órgãos legislativos, o autor aponta que o tipo de diálogo que seria necessário para conferir legitimidade ao instituto da judicial review não existe e não tem como existir. Por esse motivo, considera que, em última instância, a Teoria Dos Diálogos Institucionais é meramente retórica.⁴⁷⁴

O diálogo como deliberação se caracteriza por uma interlocução entre dois ou mais atores, compreendidos como iguais, e ocorre de modo formal. Nele existem objetivos específicos perseguidos pelos participantes, tais como a elaboração de uma decisão, o alcance de um consenso ou a verificação de qual argumento é o melhor e

⁴⁷⁰ Segundo o professor Francisco de Castilho Prates “hoje somos capazes de reconhecer que a dimensão do contingente do falível e do reversível faz parte do fenômeno constitucional moderno, não havendo método, por mais sofisticado que seja, que possa eliminar esse componente de incompletude e de indeterminabilidade.” PRATES, F. C. 2022. p. 132.

⁴⁷¹ POST, R.; SIEGEL, R. 2007, p. 375.

⁴⁷² POST, R.; SIEGEL, R., 2013. p. 20 e 21.

⁴⁷³ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4566-4567.

⁴⁷⁴ TREMBLAY, Luc. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** International Journal of Constitutional Law, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

qual ação deverá ser tomada. Em suma, nesse tipo de diálogo, o processo é confeccionado para conferir legitimidade ao resultado final da discussão.⁴⁷⁵

Entretanto, para Tremblay, não é esse tipo de diálogo que ocorre na dinâmica entre legisladores e tribunais. Nas interações entre tais instituições, não há o objetivo de se atingir um acordo ou uma decisão comum. A dinâmica se sustenta na disputa e não é capaz de conferir legitimidade às decisões.⁴⁷⁶

Em que pese as críticas de Tremblay, a Separação de Poderes admite que, em cada momento, uma agência diferente seja responsável pela decisão. Ainda que não haja acordo ou uma decisão comum, a fragmentação do poder dilui a capacidade de atuação predatória por quem quer que seja⁴⁷⁷ e democratiza a competência para decidir.⁴⁷⁸ Nesses termos, o modelo proposto pela Teoria dos Diálogos pode ser menos nocivo que a proposta das Teorias da última palavra.⁴⁷⁹

Um contraponto à crítica de Tremblay, seria a noção de que o diálogo, não pode ser, por sua vez, idealizado. O arranjo relacional não se desenrola sem conflitos, sem erros ou sem riscos. Ainda assim, é uma chave mais transparente, que não esconde a estrutura dinâmica e enfrenta as contradições desse processo.⁴⁸⁰

Mais uma abordagem vinculada à temática, em que tem como foco “a realidade política concreta”,⁴⁸¹ é a do agonismo, de Chantal Mouffe.⁴⁸² Para a autora, ter o conflito como um dos elementos centrais do sistema democrático deixa clara a existência de múltiplos interesses em jogo, “bem como as relações de poder que promovem a prevalência de um sobre o outro, que pode se ver até mesmo excluído da arena de discussão.”⁴⁸³

A professora Juliana Cesário Alvim, tratando do tema, aduz que, na visão agonista, “é preciso dar visibilidade à dimensão de poder existente na política (...) para que suas práticas possam ser questionadas e redefinidas em sentidos cada vez mais democráticos”.⁴⁸⁴

⁴⁷⁵ TREMBLAY, L. 2005. p. 631-632

⁴⁷⁶ TREMBLAY, L. 2005. p. 634; 644-647.

⁴⁷⁷ MENDES, C. H. 2011. p. 161.

⁴⁷⁸ BRANDÃO, R., 2022. p. 415.

⁴⁷⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 165-166.

⁴⁸⁰ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4963-4966.

⁴⁸¹ GOMES, J., 2020. p. 161.

⁴⁸² MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000, p. 94-97.

⁴⁸³ GOMES, J., 2020. p. 161.

⁴⁸⁴ GOMES, J., 2020. p. 160.

Dessa maneira, a persistência e a visibilidade do conflito, permitiriam uma leitura mais realista da dinâmica social, com suas subidas e descidas, vez que não se perderia de vista os riscos abrigados na imposição do consenso e na aceitação de formas neutras de se legitimar uma decisão, que podem favorecer estruturas de manutenção do “status quo”⁴⁸⁵.

Outra crítica que merece atenção está vinculada ao aspecto do tempo e seu impacto nas decisões provisórias⁴⁸⁶ que finalizam as rodadas procedimentais sucessivas,⁴⁸⁷ dentro da Teoria dos Diálogos. Com base no que sustenta Conrado Hubner, podemos afirmar que a dimensão temporal é fundamental,⁴⁸⁸ uma consequência da segmentação do poder, num complexo ciclo decisório.⁴⁸⁹

A ideia de várias rodadas procedimentais retira a última palavra do alcance de qualquer órgão ou instituição⁴⁹⁰ e sustenta a noção de escolhas momentâneas e sujeitas a revisão.⁴⁹¹ Contudo, o recomeço tem seu custo,⁴⁹² demanda a mobilização de diversos recursos, a fim de colocar em movimento o aparelho institucional.⁴⁹³

A decisão provisória pode atrasar a realização de projeto, desvirtuar uma política pública ou dificultar a implementação de um determinado direito. Pode prejudicar categorias marginalizadas ou prolongar determinado prejuízo.⁴⁹⁴ Nessa perspectiva, o tempo que se leva para reverter uma decisão pode gerar

⁴⁸⁵ GOMES, J., 2020. p. 161.

⁴⁸⁶ MENDES, C. H. 2008. p. 166.

⁴⁸⁷ MENDES, C. H. 2008. p. 166.

⁴⁸⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 166-167.

⁴⁸⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 44.

⁴⁹⁰ MENDES, C. H. 2008. p. 3.

⁴⁹¹ MENDES, C. H. 2008. p. 16-17.

⁴⁹² MENDES, C. H. 2008. p. 17.

⁴⁹³ MENDES, C. H. 2008. p. 166.

⁴⁹⁴ Dois professores debatiam acerca do papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias, em uma das mais renomadas universidades do mundo. Ambos eram progressistas e tinham compromissos com o avanço social. O primeiro achava que só o Legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. O segundo achava que o Legislativo deveria ter preferência em atuar. Mas, se não agisse, a atribuição seria transferida para o Judiciário. Eis o diálogo entre ambos:

– Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

– Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?” BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUBE, Volume 5 (número especial), 2015. P. 25.

O debate aconteceu na Universidade de Harvard entre o Professor Mark Tushnet e o Professor Luís Roberto Barroso, realizado em 7.11. 2011. Intitulado Politics and the Judiciary, encontra-se disponível em: Debate em Harvard com Mark Tushnet - YouTube. Acesso em 12.03.2023.

inconvenientes consideráveis e favorecer o *status quo*.⁴⁹⁵ A decisão é provisória, não inofensiva.⁴⁹⁶

Embora seja possível a modificação das escolhas (legislativas ou judiciais), não se pode ignorar a produção de efeitos de ordem prática que se gera.⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸ Assim, mesmo que as decisões sejam alteráveis, é preciso que sejam proferidas por uma autoridade legítima e comprometida com a elaboração de posicionamentos fundamentados em razões públicas.⁴⁹⁹

De qualquer modo, a Teoria dos Diálogos tem o mérito de transferir o foco da questão de “quem deve decidir por último” para a existência de um processo relacional que precede e sucede a decisão. Com isso, reconhece a legitimidade da atuação judicial, chancela e destaca a importância institucional do Parlamento e, ao mesmo tempo, aponta a necessidade de investimento em normatizações que estimulem e aprimorem as interações que, fatalmente, já acontecem.

1.3.4. Conclusão

Apesar das críticas, a Teoria dos Diálogos retira a separação de poderes de uma perspectiva estanque e destaca o caráter interinstitucional, que estimula o sistema democrático.⁵⁰⁰ Essa leitura, em muito sustentada pela percepção da falibilidade das instituições,⁵⁰¹ viabiliza a coexistência de Parlamentos e Cortes, sem que se tenha que escolher necessariamente um ou outro.⁵⁰²

Essa busca, de se investir tanto no Legislativo, quanto no Judiciário, explorando as vantagens de cada instituição, não está isenta de falhas, de embates ou fissuras. No entanto, se mostra como um caminho mais democrático do que o da supremacia judicial ao encarar os conflitos e as contradições desse processo, sem mascarar as dificuldades de otimizar o arranjo constitucional ante aos vários desacordos presentes.⁵⁰³

⁴⁹⁵ MENDES, C. H. 2008. p. 15-16.

⁴⁹⁶ MENDES, C. H. 2008. p. 166.

⁴⁹⁷ MENDES, C. H. 2008. p. 166-167.

⁴⁹⁸ Nesse aspecto se insere a fragilidade das questões de pouca relevância política, em que não há um desacordo intenso e uma discussão social divisiva. Nesses casos, a opinião pública e a pressão social não atuam e o lastro de poder para definir a questão, sem contestações de peso, termina por repousar nas mãos judiciais. BRANDÃO, R. 2022.

⁴⁹⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 167.

⁵⁰⁰ MENDES, C. H. 2008. p. 17.

⁵⁰¹ MENDES, C. H. 2008. p. 213.

⁵⁰² MENDES, C. H. 2011. p. 162.

⁵⁰³ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4963-4966.

Capítulo 2. Entre o Parlamento e a Corte: cenário nacional

Nesse capítulo, direcionado ao cenário nacional, o objetivo é tratar da interação entre Congresso e STF, da forma como descrita pela literatura, nos últimos 10 anos.

Nessa parte do trabalho, avaliaremos as modalidades de respostas legislativas que o Congresso Nacional pode oferecer às decisões do STF. Para a melhor compreensão da categorização que se pretende fazer, alguns recortes devem ser esclarecidos.

Primeiramente, não se abordará qualquer tipo de reação do Congresso, o foco da pesquisa é a resposta legislativa, ou seja, os casos em que o Parlamento utiliza o processo legislativo (ou deixa de fazê-lo), para dialogar com uma tese posta pela Corte. Assim, embora relevantes, deixaremos de abordar outras estratégias dos legisladores que também conversam com as decisões judiciais, como as manifestações nos Plenários das Casas e via imprensa.

Agrupamos as respostas legislativas do Congresso, em sua relação com uma decisão do STF, em três categorias: (1) situações em que o Legislativo não movimenta o processo legislativo após um posicionamento judicial (inércia legislativa)⁵⁰⁴; (2) situações em que o Parlamento positiva, contorna ou se adequa ao entendimento judicial, por meio de lei ou mesmo de Emenda Constitucional (acomodação legislativa) e (3) casos em que os parlamentares superam a decisão judicial, respondendo por meio do ativismo legislativo (superação legislativa).

O capítulo ainda trata de duas questões fundamentais para a perspectiva relacional entre os Poderes e que não recebem tanta atenção da doutrina em geral. A primeira delas é a atuação legislativa que antecede a judicialização. Antes da decisão judicial, existe um histórico legislativo, seja relacionado a elaboração de um ato, seja marcado pela omissão ou ausência de decisão do Parlamento. É um aspecto que merece ser considerado.

E, o segundo ponto, se relaciona com o momento posterior a reação legislativa. Superado um entendimento judicial, podemos ter novas rodadas procedimentais que envolvam um contra-ataque do Judiciário. Como a Corte tem se comportando quando seu posicionamento é desafiado pelo Parlamento?

⁵⁰⁴ MENDES, C. H. 2008. p. 124.

2.1. Notas Introdutórias

Com o aporte da Teoria dos Diálogos, podemos sustentar que não se chega a uma melhor performance interpretativa ou a uma decisão mais saudável (independentemente da autoridade com a função de decidir), com a atuação dos parlamentares ou dos Tribunais de forma isolada.⁵⁰⁵⁻⁵⁰⁶ Os agentes e as instituições têm seus limites⁵⁰⁷ e deficiências⁵⁰⁸ e, em qualquer arranjo, conservam pontos positivos e negativos.⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰⁻⁵¹¹

Um procedimento de tomada de decisão legítimo,⁵¹² suficiente para assegurar as condições da democracia,⁵¹³ envolve interação deliberativa que, a um só tempo, tem o potencial de dar voz institucional a múltiplos partícipes⁵¹⁴ e a capacidade de levantar as melhores razões públicas para justificar as posturas e os julgamentos.⁵¹⁵

Essa perspectiva deliberativa, apesar de ser estrutural para a produção de escolhas razoáveis,⁵¹⁶ gera tensão entre os Poderes⁵¹⁷ e essa dimensão é de especial interesse para esse trabalho e é o núcleo de um dos questionamentos da dissertação. Afinal, que formas tem o Legislativo de lidar com uma decisão judicial?

Na maior parte do tempo, não estamos diante de controvérsias constitucionais de vulto, em que legislador e Corte se envolvem e se confrontam. O desafio é raro

⁵⁰⁵ “A interação é um fato, não uma escolha ou uma possibilidade. Não decorre da manifestação de vontade de um poder ou de algum dispositivo institucional específico, mas é consequência necessária da separação de poderes. Mais, há um “diálogo silencioso” entre as instituições, conduzido de forma consciente ou não, que cabe ao teórico perceber e reconstruir.” MENDES, C. H. 2008. p. 158.

⁵⁰⁶ POST, R. SIEGEL, R. 2007, p. 375.

⁵⁰⁷ Na tese de Sunstein e Vermeule existem três pressupostos para se definir a capacidade institucional: (1) algum grau de especialização funcional para a realização de fins constitucionais comuns como pressuposto normativo da separação de Poderes; (2) toda tentativa, de qualquer agência, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (3) a avaliação das alternativas de decisão deve basear-se nas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo. SUNSTEIN, C. VERMEULE, A. 2003. p. 885-951.

⁵⁰⁸ SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. 2013. p. 432.

⁵⁰⁹ Nem um sistema representativo que apresenta apenas vantagens em qualquer circunstância, nem um desenho que concentra o poder nas mãos das Cortes. GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4577.

⁵¹⁰ Para Rawls, instituições, por mais bem pensadas que sejam, são falíveis. Estão ligadas a noção de “justiça procedimental imperfeita”, uma fatalidade da política. RAWLS, John. A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971. p. 86.

⁵¹¹ SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 134.

⁵¹² GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4390-4391.

⁵¹³ Tanto as Teorias da última palavra, quanto a Teoria dos Diálogos demandam uma moldura institucional mínima que é pressuposta ao discutirmos a função do Legislativo e do Judiciário. Para o professor Conrado Hubner, esse mínimo necessário envolve uma Constituição e uma carta de direitos somada a alguma prática de controle de constitucionalidade. MENDES, C. H. 2008. p. 44.

⁵¹⁴ GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4583.

⁵¹⁵ MENDES, C. H. 2011. p. 169.

⁵¹⁶ É necessária a aderência judicial à separação de Poderes ou de necessária deferência do Poder Judiciário aos critérios políticos e técnicos adotados pelos outros Poderes. GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4548-4550.

⁵¹⁷ MENDES, C. H. 2008. p. 195.

pelo desgaste que é capaz de provocar para ambas as instituições,⁵¹⁸ a adequação de pautas e interesses é mais comum.⁵¹⁹

Existe uma considerável produção acadêmica acerca das respostas legislativas a um posicionamento judicial⁵²⁰ e, em grande parte, o foco parece ser aquelas atuações parlamentares que significam uma rejeição à supremacia do Judiciário,⁵²¹ uma indicação de que o Parlamento pode prevalecer.⁵²² Consideramos aqui um leque mais amplo de respostas legislativas.^{523_524}

O legislador possui diversos meios para perseguir os mesmos objetivos e pode facilmente aceitar outros caminhos e adaptar interesses, de forma diferente da projetada inicialmente, para atender a uma decisão da Corte.⁵²⁵ Se os objetivos gerais da política pública ou da arquitetura do direito podem ser preservados, o Parlamento se ajusta a decisão judicial.⁵²⁶

Podemos apontar algumas das formas de interação entre Legislativo e Judiciário, por vezes os parlamentares optam por não dar combate a uma decisão do Tribunal, escapando do modo adversarial e escolhem positivá-la por meio de lei ou mesmo de Emenda Constitucional.⁵²⁷ Em outras circunstâncias, o Parlamento se afasta da responsabilidade política de decidir. Delega esse ônus ao Judiciário, vislumbrando em não agir uma opção mais cômoda e conveniente.^{528_529} E em alguns casos, o Parlamento decide reagir claramente a decisão judicial, respondendo por meio do ativismo legislativo.⁵³⁰

⁵¹⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 130.

⁵¹⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 130-131.

⁵²⁰ BRANDÃO, R. 2022. p. 34

⁵²¹ MANFREDI, Christopher; KELLY, James. Six Degrees of Dialogue: A response to Hogg and Bushell. In: Osgoode Hall Law Journal, v. 37, n.º 3. Toronto: York University, 1999.

⁵²² MENDES, C. H. 2008. p. 148.

⁵²³ MENDES, C. H. 2011. p. 146 e 154-158.

⁵²⁴ HOGG, P; BUSHELL, A. 1997. p. 80.

⁵²⁵ MENDES, C. H. 2008. p. 130-131.

⁵²⁶ MENDES, C. H. 2008. p. 130-131.

⁵²⁷ HOGG, P; BUSHELL, A. 1997. p. 80-81.

⁵²⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 124.

⁵²⁹ “(...) nem uma estrutura constitucional favorável ao ativismo judicial, nem juízes “famintos por poder” ou tribunais constitucionais agressivos são condições suficientes para a judicialização da megapolítica. A afirmação da supremacia judicial (...) não pode acontecer ou se manter sem o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes. É pouco realista e até mesmo ingênuo supor que a definição de questões políticas centrais (...) poderia ter sido transferida para tribunais sem que essa transferência contasse com no mínimo o apoio tácito dos atores políticos relevantes nesses países.” HIRSCHL, R. 2006. p.164.

⁵³⁰ BRANDÃO, R. 2022. p. 34.

A capacidade de reação ou reversão das decisões judiciais é um elemento central na Teoria dos Diálogos e é possível se apontar algumas ferramentas de que o Legislativo lança mão, quando deseja desafiar um posicionamento do Tribunal.⁵³¹

Alguns instrumentos se agrupam em torno da categoria do ataque institucional.⁵³² São mecanismos que, quando usados, comprometem a independência da Corte.⁵³³ Entre eles, temos o controle orçamentário (possibilidade, ameaça ou efetivo corte na remuneração dos magistrados e nos valores a disposição do Judiciário), a alteração no processo de nomeação dos ministros do Tribunal, o aumento ou a redução do número de componentes da Corte ou desrespeito das decisões judiciais.^{534_535}

Esses mecanismos de ataque institucional são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito pelo potencial que têm de anular a atuação judicial. Rodrigo Brandão, nesse ponto, destaca o histórico constitucional brasileiro repleto de ataques institucionais e de retaliações ao Judiciário.⁵³⁶ Esse aspecto, embora importante, não será desenvolvido nesse trabalho, por fugir do recorte que envolve a pesquisa.^{537_538}

Por vezes, a forma escolhida pelos congressistas para deixar clara uma insatisfação com a postura do Judiciário é a vocalização desse desacordo, no Plenário e na imprensa, não chegando a se institucionalizar em um ato formal. Essa via também foge ao recorte desse trabalho.

⁵³¹ “Na maioria dos países do novo constitucionalismo, os legisladores têm sido capazes de responder de forma efetiva a decisões desfavoráveis-ou de simplesmente obstruir sua implementação. Talvez a ilustração mais clara da necessidade de suporte político para a terceira face da judicialização (megapolítica) possa ser encontrada nas inequívocas reações da esfera política contramanifestações indesejadas de ativismo judicial.” HIRSCHL, R. 2006. p. 167.

⁵³² GOMES, J. 2022, p. 2704-2705.

⁵³³ BRANDÃO, R. 2022, p. 413.

⁵³⁴ Para exemplos desse mecanismo e sua utilização em vários Estados ver HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Publicado originalmente como “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. p. 168 e seguintes.

⁵³⁵ Com relação a realidade nacional, Diego Werneck e Leandro Ribeiro detalham que “as evidências apontam para um tribunal poderoso no que se refere às proteções que possui contra retaliações por parte dos outros poderes. Isso porque, para além das garantias individuais de independência de cada ministro – irredutibilidade de subsídios, vitaliciedade, inamovibilidade –, a Constituição garante ao Judiciário autonomia financeira e orçamentária e detalha textualmente a composição, a forma de indicação dos seus membros e as competências do STF. Isso já aumenta significativamente o custo de qualquer mudança relevante na estrutura da corte.” ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 420.

⁵³⁶ BRANDÃO, R., 2022. p. 414.

⁵³⁷ Para um panorama acerca do tema ver BRANDÃO, R., 2022. p. 286-303

⁵³⁸ No caso do Brasil, esclarecem Diego Werneck e Leandro Ribeiro, “como todos esses temas estão detalhados no texto constitucional, somente por meio de emenda seria possível remover competências ou mexer na composição do tribunal de modo a garantir maiorias de ocasião. Ao menos quando se enfocam os canais formais, a retaliação contra decisões do STF, seus ministros e a própria instituição parece ter um custo alto.” ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 420.

Outro recurso de que o Parlamento pode se valer é a superação legislativa, descrita como a capacidade de o Legislativo atuar na reversão de uma decisão judicial com a qual não concorde, movimentando o processo legislativo.⁵³⁹

A reação legislativa desafia a noção de supremacia judicial⁵⁴⁰ e reconhece o Legislativo como participe do jogo,⁵⁴¹ com poderes institucionais não só para desafiar a decisão judicial como para revertê-la.⁵⁴²

Nos próximos tópicos, nos dedicaremos a entender melhor essas categorias de comportamento legislativo e a identificar, conforme descrição da doutrina nacional, se e como essas dinâmicas da interação se desenrolam entre Congresso e STF. As três categorias a serem trabalhadas (positivação do entendimento da Corte, inércia legislativa ou desafio a posição do Tribunal), podem revelar muito da dinâmica de poder entre estas instituições. Contudo, antes, é preciso abrir espaço para a atuação do Congresso que antecede a provocação da Corte. Trataremos, primeiro, da atividade parlamentar no processo legislativo.

2.2. Atuação do Parlamento antes de uma decisão da Corte

É comum a avaliação da relação entre o Congresso e o STF após a provocação do Tribunal, para que esse se posicione em relação a validade ou não de uma lei ou de um ato normativo.⁵⁴³⁻⁵⁴⁴ No entanto, ao chegar ao Judiciário, a norma já possui um

⁵³⁹ BRANDÃO, R., 2022. p. 304-314.

⁵⁴⁰ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 137.

⁵⁴¹ BRANDÃO, R., 2022. p. 304-314.

⁵⁴² GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4164.

⁵⁴³ Em alguns casos, a provocação do STF ocorre ainda na fase de feitura da norma, para que a Corte controle a regularidade do processo de produção das leis. Para maiores informações ver FERNANDES, B. 2020. p. 1829-1833.

⁵⁴⁴ Para críticas ao controle preventivo realizado pelo STF ver NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. Revista da Advocacia do Poder Legislativo. 2021. Acesso em 24.03.2023. Disponível em [DEVIDO_PROCESSO_LEGISLATIVO_E_QUALIDADE.pdf](#) e NASCIMENTO, Roberta Simões. O que é o devido processo legislativo? 2021. Acesso em 24.03.2023. Disponível em: [O_que_e_o_devido_processo_legislativo_Jo.pdf](#)

histórico legislativo⁵⁴⁵ e, seria um contrassenso não observar como a produção normativa é elaborada pelos legisladores.^{546_547}

Com duas Casas legislativas⁵⁴⁸ que somam 594 parlamentares, o tramite de um ato normativo é complexo⁵⁴⁹ e, numa perspectiva descritiva, influenciável pela movimentação dos próprios parlamentares⁵⁵⁰ e também de diversos grupos políticos, sociais e econômicos.⁵⁵¹ Essa ação (dos grupos e dos parlamentares) pode ser institucional (em comissões e nos plenários) ou de bastidores, nos corredores e em espaços invisíveis ao público.^{552_553}

Esse fluxo, que coloca o Parlamento como um ambiente de negociação,⁵⁵⁴ aponta para a percepção de que o Legislativo não é um corpo uniforme e sim um espaço variado e antagônico.⁵⁵⁵ Legislar não é um ato de um indivíduo apenas, mas sim, de um corpo de membros diverso,^{556_557} com opiniões e posicionamentos

⁵⁴⁵ “Algumas razões para esse reduzido interesse (no processo legislativo) são a tradição do pensamento jurídico (formalista) de considerar as leis como um produto “já acabado” – tomando-as como ponto de partida do labor jurídico, sem qualquer preocupação com o seu processo produtivo –, bem como a dificuldade de ordem prática resultante da elevada complexidade implicada na elaboração das leis, exigindo a incursão em diversos campos de conhecimento.” NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019b. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 6). p. 15.

⁵⁴⁶ CINTRA, Antônio Octávio; LEMOS, Leany Barreiro; LACOMBE, Marcelo Barroso; AMARAL, Ana Regina V. P. **O Poder Legislativo na Nova República: a visão da Ciência Política. Sistema político brasileiro: uma introdução**/Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 97.

⁵⁴⁷ OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. **Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates**. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, Ángel Daniel (ed.). *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 135-184.

⁵⁴⁸ CINTRA, A. O.; LEMOS, L. B.; LACOMBE, M. B.; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 81.

⁵⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Este artigo foi publicado primeiramente na Revista *Ajuris*, v. 53, p. 116, nov. 1991. Versão digital disponível na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. p. 9.

⁵⁵⁰ MENDES, G. F. 2007. p. 18.

⁵⁵¹ CINTRA, A. O.; LEMOS, L. B.; LACOMBE, M. B.; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 91.

⁵⁵² NASCIMENTO, R S. 2019b. p. 427.

⁵⁵³ SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louse Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. **Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa**. Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, pp. 45-78.

⁵⁵⁴ OLIVER-LALANA, 2013.

⁵⁵⁵ WALDRON, J. 1999b. p. 37.

⁵⁵⁶ A Câmara dos Deputados atual (2023-2027) tem em sua composição 134 deputados autodeclarados negros ou pardos e 91 mulheres, sendo 3 indígenas e 2 transexuais (categoria com representação no Parlamento pela primeira vez). A sub-representação feminina ainda é clara quando se pensa no universo de 513 membros que compõem a Casa, no entanto, observa-se um movimento crescente do número de mulheres no Legislativo. Em 1990, por exemplo, a bancada feminina contava com um total de 30 mulheres. Acesso em 18.03.2023. Dados disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-18-e-tem-2-representantes-trans/> <https://www12.senado.leg.br/radio/1/conexao-senado/2022/10/06/especialista-analisa-representatividade-feminina-e-diversidade-na-nova-composicao-do-congresso> <https://www.camara.leg.br/noticias/911743-numero-de-deputados-pretos-e-pardos-aumenta-894-mas-e-menor-que-o-esperado/>

⁵⁵⁷ Para uma avaliação empírica que questiona a noção de que o Legislativo é um espaço representativo diversificado ver CINTRA, A. O.; LEMOS, L. B.; LACOMBE, M. B.; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 84-86.

políticos muitas vezes contrários.⁵⁵⁸ Esse é um traço que pode ser apontado como basilar para a legitimidade da atuação parlamentar.⁵⁵⁹⁻⁵⁶⁰⁻⁵⁶¹

Por outro lado, existe uma visão pessimista, generalizada, a respeito de como ocorre a tomada de decisão no contexto legislativo.⁵⁶²⁻⁵⁶³ A atuação legislativa é encarada como uma questão política⁵⁶⁴ e a política é usualmente descrita como um domínio vicioso,⁵⁶⁵ baseado na busca pelo poder e no empenho por vantagens pessoais.⁵⁶⁶ Enfim, as decisões legislativas, na verdade, não seriam tomadas nas sessões parlamentares e os reais fundamentos da legislação deveriam ser procurados em outros lugares, fora das estruturas oficiais.⁵⁶⁷

Nesse sentido, apontam os defensores da supremacia judicial, existe o risco da captura da atuação do Parlamento por grupos de grande influência econômica e política.⁵⁶⁸ Ou seja, o legislador não é movido só pelas pautas de seus eleitores, tem muitas outras motivações como a conveniência da política pública,⁵⁶⁹ os interesses imediatos de seus apoiadores e tudo o que aumente as suas chances de reeleição e seu campo de influência.⁵⁷⁰

E vale considerar também, conforme alerta Conrado Hubner Mendes, que um procedimento majoritário, baseado em votos com peso igual, não é necessariamente capaz de refletir a importância que a questão posta em votação tem para cada

⁵⁵⁸ WALDRON, J. 1999b. p. 30.

⁵⁵⁹ MENDES, C. 2008. p. 78-85.

⁵⁶⁰ CINTRA, A. O; LEMOS, L. B; LACOMBE, M. B; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 91.

⁵⁶¹ “As diferenças de preferências entre seus membros com relação às políticas podem ser difíceis de combinar em maiorias coerentes ao longo das várias políticas e opções. As decisões políticas no âmbito do Legislativo se tornam contestáveis, gera-se instabilidade e dificulta-se a eficiência do processo legislativo.” CINTRA, A. O; LEMOS, L. B; LACOMBE, M. B; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 98.

⁵⁶² Para David Mayhew, o comportamento parlamentar dos congressistas se orienta principalmente pela disputa de um novo mandato. Para informações mais completas acerca da “conexão eleitoral” e da “teoria distributiva” de Mayhew ver MAYHEW, D. R. Congress: the electoral connection. New Haven: Yale University Press, 1974.

⁵⁶³ Em pesquisa realizada em 2018, 67% dos brasileiros afirmaram não confiar no Congresso Nacional, enquanto 3% confiam muito e 28% um pouco. Os partidos políticos, por sua vez, apresentaram números parecidos: 68% dos entrevistados não confiam nos partidos; 28% confiam pouco, e 2% confiam muito. Datafolha - junho 2018- A amostra foi de 2.824 entrevistas presenciais em 174 municípios. A margem de erro foi de 2 pontos percentuais, com um nível de confiança de 95%.

⁵⁶⁴ WALDRON, J. 1999b. p. 30.

⁵⁶⁵ “As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.” WALDRON, J. 1999b. p. 5.

⁵⁶⁶ NASCIMENTO, R. S. 2019a.

⁵⁶⁷ MAYHEW, D. R. 1974.

⁵⁶⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 73.

⁵⁶⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 72.

⁵⁷⁰ MENDES, C. H. 2008. p. 73.

grupo.⁵⁷¹ Temas, que são de interesse vital para determinadas categorias,⁵⁷² podem ser irrelevantes para outros agrupamentos.⁵⁷³⁻⁵⁷⁴

De toda forma, ainda que se sustente que grande parte do ato de legislar (ou todo o ato) é político e, assim, está lastreado no autointeresse dos parlamentares⁵⁷⁵ e nos objetivos dos grupos de grande influência política e econômica,⁵⁷⁶ é interessante levar em conta a dimensão institucional⁵⁷⁷ que ordena o espaço de criação normativa⁵⁷⁸ e potencializa a capacidade do Legislativo de produzir boas normas.⁵⁷⁹⁻⁵⁸⁰

Em um ambiente com um potencial democrático amplo,⁵⁸¹⁻⁵⁸² os legisladores, em suas formulações, trabalham com uma rede aberta, são acessíveis a diferentes coletividades. Assim, têm uma capacidade considerável de captar dados das várias

⁵⁷¹ MENDES, C. H. 2008. p. 75 e 76.

⁵⁷² Para Dworkin, a igualdade que se atinge pela via do processo majoritário seria insuficiente. A igualdade de impacto, que se atinge pela regra da maioria (“um homem, um voto”) promove uma paridade muito precária. Já a igualdade de influência (“tirania de uma minoria estrategicamente bem-posicionada”, para usar a expressão de Ian Shapiro, *The State of Democratic Theory*, p. 12) seria um indesejável. Por essa razão, Dworkin aposta na “igualdade de consideração e respeito”, que o tribunal poderia promover. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The moral reading of the american constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1997, reimpressão 2005.)

⁵⁷³ MENDES, C. H. 2008. p. 75.

⁵⁷⁴ Em suma, a noção de que o sistema eleitoral representativo é o único essencialmente democrático admite críticas, como a de se comportarem, os representantes eleitos, de forma a contemplarem, principalmente, os seus interesses próprios. MENDES, C. H. 2008. p. 73 e ISSACHAROFF, Samuel. *The Democratic Risk to Democratic Transitions*. *Constitutional Court Review (South Africa)*, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-53, 2013. p. 14-20.

⁵⁷⁵ MAYHEW, D. R. 1974.

⁵⁷⁶ WALDRON, J. 1999b. p. 30.

⁵⁷⁷ MENDES, C. 2008. p. 72-73.

⁵⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory: Essays on Institutions*. London: Harvard University Press, 2016.

⁵⁷⁹ NASCIMENTO, Roberta Simões. **Análise econômica do processo legislativo**: a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira. Temas em direito e economia / coordenadores Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 297.

⁵⁸⁰ MENDES, C. 2008. p. 78-85.

⁵⁸¹ Como está em constante interação com o Poder Executivo e lidando diretamente com múltiplos interessados nos atos em elaboração, o Legislativo tem maior chance de levar em conta aspectos operacionais, técnicos, econômicos, contábeis, que viabilizam e promovem de forma mais adequada e efetiva a proteção aos direitos fundamentais e a execução de políticas públicas. GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4516.

⁵⁸² O Legislativo, para muitos, é formado por muitos membros com origens e influências diversos, defendendo interesses diferentes, por vezes conflitantes, e isso modula o debate, ameniza radicalismos e amplia a possibilidade de seguimentos diferentes serem ouvidos. MENDES, C. H. 2008. p. 83.

O Legislativo tem buscado a introdução de arranjos participativos institucionais como seminários e fóruns legislativos; audiências públicas; as comissões de legislação participativa (CLP); as ouvidorias; as petições online; as consultas públicas e fóruns digitais de discussão. Cada um desses arranjos possui diferentes desenhos institucionais acerca do tipo de participação envolvida (unipessoal ou coletiva), sua dinâmica (incidência direta ou mais dialógica), onde ela ocorre (online ou off-line); e o processo de recrutamento (aberto ou induzido pelos parlamentares). Mas de forma geral, os arranjos que integram os trabalhos legislativos à participação online dos cidadãos ainda são muito incipientes e precisam de avanços. QUINTÃO, Thales Torres. *Crise da democracia e inovações democráticas no legislativo: reflexões e tensões*. Juiz de Fora: CSOnline – **Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n. 30. 2019. p. 50-77.

partes envolvidas em uma questão e de receberem informações técnicas de diversas fontes.⁵⁸³

Ademais, as decisões legislativas não são totalmente livres ou irrestritas,⁵⁸⁴ pois a Constituição e a legislação⁵⁸⁵ (dimensão normativa) impõem condições substantivas, procedimentais, de coerência e racionalidade, que tem a função de limitar o espaço legislativo,⁵⁸⁶ bem como de compelir o legislador a dar razões capazes de justificar suas decisões.⁵⁸⁷

Esses elementos (pluralidade representativa, limitações constitucionais ao ato de legislar, respeito ao devido processo legislativo e necessidade de justificação) tem a função de evitar ou contrabalancear a tendência dos parlamentares de restringirem as deliberações a interesses próprios ou de agrupamentos específicos com poder econômico e político.⁵⁸⁸

Waldron⁵⁸⁹ indica princípios que devem pautar a atividade parlamentar e reforça a necessidade de se definir atributos estruturais e procedimentais para que o ato de legislar seja feito de maneira responsiva. Esses procedimentos envolvem o trâmite das proposições, com suas múltiplas fases (comissões, plenário, pareceres),⁵⁹⁰ e engloba também questões deliberativas,⁵⁹¹⁻⁵⁹² a fim de que as diferentes visões sobre o projeto sejam levadas em conta. Em suma, a forma como o processo é conduzido poderá gerar um resultado normativo mais ou menos legítimo.⁵⁹³⁻⁵⁹⁴

⁵⁸³ “Isso, porém, não impede e nem deslegitima a atuação jurisdicional para a resolução dos conflitos apresentados, pois existem instrumentos e medidas para atenuar essas limitações, como a realização de perícias, audiências públicas, admissão de amici curiae, por exemplo. No entanto, tais controvérsias chamam a atenção para os cuidados especiais que juízes e cortes devem ter na análise desses casos. Saber de suas capacidades e limitações para lidar com essas especificidades é não apenas necessário, mas fundamental. Dessa forma, a depender do caso e das circunstâncias, juízes e cortes devem ter uma atuação contida, com certa deferência, em relação às decisões dos outros Poderes, especialmente quando estas se baseiam em aspectos técnicos alheios ao mundo jurídico.” GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4518-4525

⁵⁸⁴ NASCIMENTO, 2019b, p. 20.

⁵⁸⁵ Constituição Federal de 1988 (art. 59 – art. 69), LC n. 95, de 1998 e Decreto n. 9.191, de 2017.

⁵⁸⁶ WALDRON, J. 2016.

⁵⁸⁷ OLIVER-LALANA, A. D. 2013. p. 135-184.

⁵⁸⁸ MENDES, C. 2008. p. 72-73.

⁵⁸⁹ WALDRON, J. 2016.

⁵⁹⁰ OLIVER-LALANA, A. D. 2013. p. 135-184.

⁵⁹¹ NASCIMENTO, R. S. 2021. p. 154-160.

⁵⁹² “A deliberação no Parlamento poderá ser retomada, tanto por ele próprio, quanto nas instâncias judiciais. Isso pode ser necessário para assegurar certos fins e valores do ordenamento jurídico.” NASCIMENTO, 2019b, p. 24.

⁵⁹³ WALDRON, J. 2016.

⁵⁹⁴ A Constituição da República dispõe sobre o Poder Legislativo dos artigos 48 a 75, regulamentando questões como as atribuições parlamentares, as reuniões, o processo legislativo, as comissões, dentre outras.

O legislador, ao confeccionar a lei, tem a competência institucional de efetuar escolhas⁵⁹⁵ e suas decisões devem ser justificadas, com as razões que o levaram a atuar daquela maneira.⁵⁹⁶ A fundamentação desloca tais decisões para o plano do debate, da revisão e do contraponto (tanto jurídico, quanto político), permitindo aos demais partícipes se envolverem no processo de construção das normas.⁵⁹⁷

No caso brasileiro, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispõe, no art. 107, §1º, sobre as proposições, que “Deverão constar da publicação a proposição inicial, com a respectiva justificação”,⁵⁹⁸ enquanto o Regimento do Senado Federal prevê no art. 238 que “As proposições, salvo os requerimentos, devem ser acompanhadas de justificação oral ou escrita”⁵⁹⁹.

Essa fundamentação deve levar em conta algumas condições centrais que contribuem para a clareza e para o debate. Desse modo, o processo de justificação compreende algumas etapas⁶⁰⁰⁻⁶⁰¹ como (a) a definição de um problema, ou seja, demonstração de que a realidade social precisa de reajuste;⁶⁰² (b) a individualização do objeto e dos objetivos, que envolve, inclusive, apontar os motivos que justificam a intervenção estatal, ou seja, por qual razão a ação legislativa é melhor do que o que se tem - seja uma norma anterior, seja a realidade social; (c) a consideração de cenários alternativos que poderiam solucionar a questão enfrentada,⁶⁰³ englobando os custos e impactos das medidas⁶⁰⁴ e (d) a escolha de soluções, com a

⁵⁹⁵ MENDES, C. H. 2008. p. 73.

⁵⁹⁶ NASCIMENTO, R. S. 2021. p. 298.

⁵⁹⁷ LEITE, Marcus Vinícius de Freitas Teixeira. **O discurso parlamentar como elemento de justificação no processo legislativo**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. p. 23. Acesso em: 27.12.2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8MQJ47>

⁵⁹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17 de 1989. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1989. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>

⁵⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 93 de 1970. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1970b. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>

⁶⁰⁰ DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar a lei**. Introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004. p. 102.

⁶⁰¹ KRISTAN, Andrej. Three Grounds for Tests of the Justifiability of Legislative Action: Freedom, Representative Democracy, and Rule of Law. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, Ángel Daniel (ed.). *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 55.

⁶⁰² NASCIMENTO, 2019b, p. 151.

⁶⁰³ “Toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 557.

⁶⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa*. Devido procedimento na elaboração normativa. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 173-202.

demonstração de que a sistemática e o conteúdo escolhidos para compor a norma são viáveis e tem condição de proteger o seu objeto. Dito de outro modo, o caminho escolhido pelo legislador tem robustas possibilidades de sanear o problema que desafia,⁶⁰⁵ abarcando a avaliação prospectiva e retrospectiva dos efeitos da norma.^{606_607}

Enfim, o processo pelo qual a produção legislativa passa é um fator que acrescenta legitimidade a construção normativa,⁶⁰⁸ permitindo, também, maximizar o controle sobre decisões legislativas, seja da população, seja dos órgãos de poder.⁶⁰⁹⁻
610

Apesar dos múltiplos pontos favoráveis ao Parlamento, devem ser considerar as limitações à capacidade institucional, como a existência de um legislador falível,⁶¹¹ com uma racionalidade limitada, mergulhado em insuficiências pessoais e estruturais que dificultam a atuação legislativa⁶¹² e atrelado a um cenário político que influencia a tomada de decisão coletiva, tornando confusos os meios e fins das dinâmicas de poder estatal.⁶¹³

Não significa dizer que o Parlamento não seja capaz de produzir normas legítimas e bem fundamentada,⁶¹⁴ contudo, exatamente para minimizar os efeitos das possíveis falhas dos parlamentares, existem vinculações que pautam sua atividade e

⁶⁰⁵ NASCIMENTO, 2019b, p. 19.

⁶⁰⁶ A legislação, nessa perspectiva, seria uma maneira de regular o futuro, delineando projeto satisfatório na leitura de quem legisla a respeito de determinada situação. OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

⁶⁰⁷ Uma das dificuldades enfrentadas pelo Legislativo consiste em estimar de maneira confiável quais serão as consequências das leis, já que há grandes limitações nas avaliações, sobretudo em razão de efeitos indiretos ou não intencionais de uma proposta legislativa. OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario. Doxa, Alicante n. 31, p. 533-566, 2008. p. 545.

⁶⁰⁸ Charles-Albert Morand argumenta que o método legislativo diz respeito apenas à racionalidade do processo, de modo que não busca indicar quais são as finalidades corretas de uma norma, mas assegurar uma certa coerência entre os fins pretendidos e os meios escolhidos. Isso não significa, porém, que seja correto falar em neutralidade no processo legislativo, o contexto no qual as leis são discutidas e criadas é político. MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. Droit et société, n. 10. 1988. p. 391-407.

⁶⁰⁹ KRISTAN, A. 2013. p. 60.

⁶¹⁰ Para maiores informações acerca da necessidade de justificação no ato legislativo e do controle possível envolvendo esse processo de justificação ver NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada**. Curitiba: Alteridade Editora, 2019b. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 6) e NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**. 2021.

⁶¹¹ GODOY, M. G. 2017. Edição do Kindle. Locais do Kindle 4380 e 4590-4591).

⁶¹² MENDES, C. 2008. p. 78-85.

⁶¹³ MAYHEW, D. R. 1974.

⁶¹⁴ OLIVER-LALANA, 2013.

mais, existem também instrumentos externos, como o controle judicial, que servem para apontar e corrigir distorções que podem ocorrer.⁶¹⁵

Com base nesses argumentos, pode-se sustentar que a capacidade institucional do Parlamento para produção normativa é bastante vantajosa,⁶¹⁶⁻⁶¹⁷ permitindo que os dilemas sociais sejam enfrentados com seriedade e de forma multilateral.^{618,619}

Mesmo com suas limitações,⁶²⁰ não é saudável uma desconfiança excessiva com relação a capacidade de o Legislativo produzir boas normas.⁶²¹ Tal descrédito se revela num esforço de obter dos juízes, a pretexto de melhorar a interpretação, os avanços que a política popular não consegue realizar.⁶²² O enfoque persistente em juízes superiores,⁶²³ dilui o investimento na melhoria da performance legislativa, no que tange a interpretação constitucional.⁶²⁴

2.3. A inércia do Legislativo diante de uma decisão judicial

Nem sempre é interesse do Congresso positivar uma temática e, em certas circunstâncias, os legisladores preferem evitar o estresse que um posicionamento poderia gerar.⁶²⁵⁻⁶²⁶ Quando o assunto é muito controvertido no seio da sociedade ou

⁶¹⁵ Além disso, a atuação do Judiciário pode pressionar os legisladores na direção do aperfeiçoamento do procedimento legislativo e de um maior esforço argumentativo, que sustente melhor seus atos quando questionados. NASCIMENTO, 2019b, p. 20.

⁶¹⁶ O Parlamento não está vinculado a um necessário antagonismo dual, trabalha com conflitos policêntricos, o que torna suas decisões mais abrangentes, ou seja, considera uma gama diversificada de ponderações para estruturação normativa de um direito ou de uma política pública. GODOY, M. 2017. Locais do Kindle 4515-4516.

⁶¹⁷ MENDES, C. H. 2008. p. 148.

⁶¹⁸ MENDES, C. 2008. p. 6 e 95.

⁶¹⁹ Oscar Vilhena destaca a importância de se levar a atuação prévia do legislativo a sério. O autor destaca o caso das células-tronco, toda a sua complexidade e a pouca relevância que o STF deu a escolha do legislador. VIEIRA, O. V. 2008. p. 452.

⁶²⁰ MENDES, C. 2008. p. 6.

⁶²¹ “(...) a prática jurídica não se dá somente no âmbito do Poder Judiciário, pelos juízes e tribunais. Dentro dos Parlamentos também há prática jurídica – qual seja, a produção do Direito que logo será chamado de legislado –, e é necessário voltar os olhos também para o que fazem (e para o que deveriam fazer) os legisladores.” NASCIMENTO, R. S. 2019b. p. 20.

⁶²² WALDRON, J. 1999b. p. 5.

⁶²³ UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso, 1996. p. 73. Tradução livre. No original: “polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room”.

⁶²⁴ NASCIMENTO, R. S. 2019b. p. 142-143.

⁶²⁵ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁶²⁶ Na hipótese de omissão, Barroso sustenta que, em muitas situações, não há sequer conflito, “há mera ocupação de espaços vazios” pelo Judiciário. BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 462.

da política, abrir espaço para a atuação do Judiciário, pode ser mais estratégico e provocar um desgaste menor.⁶²⁷⁻⁶²⁸

Vale lembrar que a lógica da atividade do Parlamento passa pela questão eleitoral⁶²⁹ e em muitos casos, traçar parâmetros para determinados direitos ou institutos envolve desagradar maiorias consistentes e esse é um ponto sensível para quem depende de votos para permanecer no poder.⁶³⁰

Quando uma pauta não movimenta o legislador de forma efetiva, o Judiciário pode ser provocado a se pronunciar⁶³¹ e os instrumentos constitucionais disponíveis para se enfrentar as situações de omissão legislativa inconstitucional⁶³²⁻⁶³³ são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁶³⁴⁻⁶³⁵ e o Mandado de Injunção.⁶³⁶⁻⁶³⁷

O desenho constitucional inclui o Tribunal nessa dinâmica e o coloca em relação com o Legislativo, tensionando o Parlamento a agir, sob pena de a Corte ser acionada com o fim de evitar a ineficácia das normas constitucionais.⁶³⁸

A omissão legislativa (inconstitucional ou não) se relaciona de forma direta com a Teoria dos Diálogos, pois, segundo esse aporte, deixar a decisão nas mãos do Judiciário também é uma escolha que compõe o leque de opções dos legisladores.⁶³⁹

Contudo, embora essa configuração de omissão legislativa seja um ponto significativo, a proposta do trabalho é analisar as posturas legislativas posteriores a

⁶²⁷ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 132.

⁶²⁸ Uma parte da literatura alerta para outra possibilidade vinculada a ausência de normatização por parte do Judiciário. “As diferenças de preferências entre seus membros (do Congresso Nacional) com relação às políticas podem ser difíceis de combinar em maiorias coerentes ao longo das várias políticas e opções. As decisões políticas no âmbito do Legislativo se tornam contestáveis, gera-se instabilidade e dificulta-se a eficiência do processo legislativo.” CINTRA, A. O; LEMOS, L. B; LACOMBE, M. B; AMARAL, A. R. V. P. 2015. p. 98.

⁶²⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 73.

⁶³⁰ MAYHEW, D. R. 1974.

⁶³¹ “Se não há lei, o Judiciário não pode deixar de decidir a questão alegando omissão normativa. Nesse caso, seu poder se expande. Portanto, no fundo, quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso: quando ele atua, ela diminui; e vice-versa.” BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 497.

⁶³² MENDES, G. F. 1991. p. 9.

⁶³³ “A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a observância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” MENDES, G. F. 1991. p. 1.138.

⁶³⁴ “Art. 102, § 2º, CF/88. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁶³⁵ Não cabe no recorte desse trabalho o detalhamento do instituto. Para maiores informações ver FERNANDES, B. 2020. p. 1.940-1953.

⁶³⁶ “Art. 5º, LXXI, CF/88 - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

⁶³⁷ Não cabe no recorte desse trabalho o detalhamento do instituto. Para maiores informações ver FERNANDES, B. 2020. p. 787-810.

⁶³⁸ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 539.

⁶³⁹ ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 407.

uma decisão da Corte. Nessa toada, deixaremos de lado os debates envolvendo essa inação legislativa, que pode gerar a provocação do STF e a decisão judicial, para iluminar a inércia legislativa posterior a uma tese judicial, que contraria uma escolha do Parlamento (seja essa escolha expressa ou implícita).

Assim, a categoria de inércia legislativa, aqui trabalhada, envolve as situações em que, posta a tese judicial, o Parlamento opta por não movimentar o processo legislativo, nem para, de alguma forma, positivar aquela decisão, nem para confrontá-la, substituindo o entendimento do Judiciário por outro que considere mais adequado.

A omissão dos congressistas, diante de uma tese posta pelo Supremo, pode se assentar em múltiplas motivações que, na maioria das vezes, se complementam. Nesse sentido, a conduta omissiva pode estar fundamentada na dificuldade de se acionar o aparato legislativo, em razão da força política exigida para a movimentação da estrutura institucional ou para a aprovação de uma medida superadora, de modo a deflagrar uma nova rodada procedimental.⁶⁴⁰

Outra explicação plausível envolve as questões dotadas de menor importância política, que acabam tendo uma chance pequena de serem objeto de resposta legislativa.⁶⁴¹ E, pode ser citada, ainda, a natureza da temática em debate, se muito divisiva, dificulta a mobilização parlamentar efetiva, que permitiria a reconfiguração das linhas do ordenamento jurídico.⁶⁴²

Assim, o foco desse tópico é a inércia pós-decisional.⁶⁴³ Uma situação que exemplifica essa forma de relação entre os dois Poderes é o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF.⁶⁴⁴ Em que pese o objeto de trabalho ser a inércia dos legisladores após a tese firmada pela Corte, não se deixa de abordar aqui alguns debates relacionados a atuação parlamentar antes da decisão judicial. Isso, porque o histórico que envolve o caso ajuda a pensar a atuação do Congresso após o posicionamento do Supremo.

⁶⁴⁰ BRANDÃO, R. 2022. p. 340.

⁶⁴¹ BRANDÃO, R. 2022. p. 341.

⁶⁴² SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 132.

⁶⁴³ Cumpre destacar que nem toda inércia por parte do Legislativo configura uma resposta à decisão judicial, assentada em um diálogo com o Poder Judiciário. No entanto, em muitos casos, o Parlamento se movimenta após a decisão judicial, em um ou múltiplos projetos normativos que conversam com a posição adota pela Corte, sem, contudo, chegar à aprovação de um ato normativo. Essas movimentações da máquina legislativa não podem ser ignoradas e podem revelar, também, muito desse jogo de possibilidades que, na prática, conformam a relação entre esses poderes.

⁶⁴⁴ GOMES, J. C. A. 2020. p. 134.

Em 05/05/2011, a decisão do Supremo, na ADI 4277 (e na ADPF 132),⁶⁴⁵ de forma unânime, assegurou o status de entidade familiar às uniões homoafetivas e declarou, também, que gozam dos mesmos direitos decorrentes da união estável entre homem e mulher.⁶⁴⁶

“É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de ato jurídico inexistente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo”.⁶⁴⁷ A afirmativa do Ministro Luiz Fux, em seu voto, não deixa dúvidas de que a questão discutida pela Corte tinha o condão de romper paradigmas.⁶⁴⁸

O Ministro Ricardo Lewandowski apontou que, considerando o censo do ano de 2010,⁶⁴⁹ realizado por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, se constatou a existência, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, de cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.⁶⁵⁰

Nesse contexto, considerando esse contingente populacional que, segundo o Ministro Lewandowski, é subestimado, vez que nem todos os casais de mesmo sexo tem a coragem de assim se declarar oficialmente, é de se perguntar o porquê da ausência de ação legislativa, de modo a regulamentar essas uniões.⁶⁵¹⁻⁶⁵²

⁶⁴⁵ A ADPF nº 132 do Estado do Rio de Janeiro, julgada com a ADI nº 4.277/DF, foi proposta perante o STF pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na interpretação dada às normas previstas no Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro), por autoridades administrativas e judiciais, que negavam aos servidores com união estável homoafetiva os mesmos direitos pacificamente reconhecidos aos casais heterossexuais. Em razão da interpretação restritiva do STF, no que tange a “entidade de classe de âmbito nacional”, nenhum movimento gay pode acionar a Corte. Atuaram nos feitos pela via do *amicus curiae*. GOMES, J. C. A. 2020. p. 135. Com relação ao tema da viabilidade de acesso dos movimentos sociais ao Supremo, ver também GOMES, Juliana Cesário Alvim. Um Supremo socialmente seletivo? Onze supremos: o supremo em 2016 / Organizadores: Joaquim Falcão, Diego Wernerck Arguelhes, Felipe Recondo. - Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 201-203.

⁶⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. Acesso em 25.02.2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. p. 61. Acesso em 25.02.2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013. p. 143-149.

⁶⁴⁹ <http://www.censo2010.ibge.gov.br>, acesso em 05/05/2011.

⁶⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. p. 110. Acesso em 25.02.2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁵¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. p. 110-111. Acesso em 25.02.2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁵² Após a decisão da corte, o IBGE registrou um crescimento no número de casamentos realizados entre pessoas do mesmo sexo. GOMES, J. C. A. 2020. p. 137.

A indagação do ministro direciona a atenção para o tratamento que o Congresso tinha concedido à questão⁶⁵³⁻⁶⁵⁴ e foram inúmeras as proposições legislativas envolvendo o tema, tanto propostas de emenda constitucional, quanto projetos de lei, sem que houvesse deliberação.⁶⁵⁵

Privado da atuação parlamentar específica, o conflito passou a reclamar um posicionamento do Poder Judiciário⁶⁵⁶ e, no feito em questão, ingressaram, na condição de *amicus curiae*, um total de 14 entidades,⁶⁵⁷ o que demonstra a complexidade e a relevância do assunto.⁶⁵⁸

A Corte, buscando cumprir sua função contramajoritária, estaria ultrapassando o limite que lhe reserva o texto constitucional?⁶⁵⁹ O Tribunal decidiu decidir, realçando a importância da atuação jurisdicional em conjunturas em que a omissão representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias vulneráveis.⁶⁶⁰

O argumento central da posição firmada pelo Supremo foi o de que o reconhecimento das uniões homoafetivas seria extraído dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.⁶⁶¹⁻⁶⁶²⁻⁶⁶³

⁶⁵³ Para maiores informações acerca desse histórico ver BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013. p. 143-149.

⁶⁵⁴ A pesquisa de Thiago Coacci constatou que, pela análise do tema no STF e STJ, entre os anos de 1989 e 2012, nos dois tribunais a primeira ação envolvendo o tema homoafetivo data do ano de 1998, sendo entre 2004 e 2009, uma média de duas ações por ano sobre a temática, com exceção de 2007, onde não foram encontrados processos. A partir de 2010, houve um ápice dos julgamentos, encontrando, em 2011, um total de 13 ações, ano em que foi julgada a ADI nº 4.277/DF e a ADPF nº 132/RJ. COACCI, Thiago Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012. Dissertação (mestrado) em Ciência Política. Belo Horizonte: UFMG. 2014.

⁶⁵⁵ No âmbito do Legislativo Federal, de acordo com os dados levantados por Rosa Maria Rodrigues de Oliveira, entre os anos de 2003 e 2010, surgiram 45 propostas legislativas visando regulamentar direitos da população LGBT. Direitos sexuais de LGBT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

⁶⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 651.

⁶⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁵⁸ BARROSO, L. R. 2013. p. 144-149.

⁶⁵⁹ SARMENTO, D. 2008. p. 651.

⁶⁶⁰ “De fato, a vida de muitas pessoas mudou com a saída de uma situação de marginalidade para uma recepção oficial no seio da Constituição.” GOMES, J. C. A. 2020. p. 137.

⁶⁶¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? p. 3-5. Acesso em 25.03.2022. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf.

⁶⁶³ Juliana Cesário Alvim Gomes salienta o comportamento estratégico da Corte que “ênfaticamente reconheceu as uniões estáveis, deixando de lado sua consequência legal, o casamento.” A autora ainda explica que “Evitando

A despeito dessa argumentação, calcada em princípios elencados na Constituição, o Ministro Lewandowski aponta que a norma constitucional, resultante dos debates da Assembleia Constituinte, é transparente ao expressar a união estável entre o homem e a mulher, silenciando, deliberadamente, acerca da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁶⁴⁻⁶⁶⁵

A Corte entendeu descabida uma interpretação que considerasse a omissão intencional do legislador originário como significando a impossibilidade de reconhecimento desse tipo de união,⁶⁶⁶ seja pela mudança do cenário social de 1988 para a data do julgamento,⁶⁶⁷ seja por se tratar de um direito elementar, vinculado a dignidade da pessoa humana.⁶⁶⁸ E mais, o precedente é contundente ao esclarecer que, se a escolha do Constituinte não reconheceu expressamente a união de casais do mesmo sexo, também não a vedou.⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰

A decisão destaca que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro nada diz sobre essa questão de forma explícita (nem para permitir, nem para vedar). “E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, óbvio que a

tocar no tema que seria mais polêmico, a Corte afastou a suscitação de divergências e, muito provavelmente, atenuou o *backlash* à sua decisão.” GOMES, J. C. A. 2020. p. 135.

⁶⁶⁴ O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showístico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § 3º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).” Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209.

⁶⁶⁵ Para uma análise mais profunda acerca desse aspecto ver SILVA, Virgílio Afonso da. Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? 2013.

⁶⁶⁶ FERNANDES, B. G. 2020. p. 1.127-1.130.

⁶⁶⁷ BARROSO, L. R. 2013. p. 144-149.

⁶⁶⁸ BARROSO, L. R. 2013. p. 157-173

⁶⁶⁹ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. Acesso em 25.02.2022. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? 2013. p. 9-13.

resposta só poderá ser esta de caráter positivo”, assegura o Ministro Gilmar Mendes.

671_672_673

2.3.1. A omissão (?) do Legislador e as tentativas de legislar

A decisão do STF constitui uma baliza relevante na proteção de direitos minoritários e não cabe discutir, nesse trabalho, em função de seu recorte, seus aspectos substantivos. No entanto, sob o ângulo dos Diálogos Constitucionais, alguns elementos componentes da decisão do Supremo têm sido problematizados pela doutrina.

Alguns ministros retratam a postura do Legislativo, diante da questão em debate, como uma omissão. Essa é uma leitura delicada, pois, para a configuração da “omissão inconstitucional”, em geral, é preciso que o Congresso tenha deixado de criar uma lei, quando a Constituição expressamente exigia o ato.⁶⁷⁴

No cenário das uniões homoafetivas, o art. 1723 do Código Civil, de 2002, reproduzindo o texto constitucional, trata expressamente da união estável entre homem e mulher. Essa já seria uma escolha legislativa, firmada num momento posterior à Constituição de 1988, que expressa uma visão específica acerca do instituto.⁶⁷⁵

Nesses termos, Diogo Werneck e Leandro Ribeiro enfatizam que “não se trata de fato de ausência de lei, mas da existência de uma lei inadequada.” Para os autores, o Tribunal classificou como uma omissão legislativa um contexto em que, na visão dos ministros, a legislação existe deixou de atender as exigências constitucionais, em razão da transformação de valores e costumes na sociedade brasileira.⁶⁷⁶

⁶⁷¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. p. 122. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁷² De acordo com os dados levantados por Rosa Maria Rodrigues de Oliveira, entre os anos de 2003 a 2010, apesar do volume de projetos propostos, não havia nenhum com possibilidade concreta de garantir direitos aos homossexuais. Esse argumento reforçava, frisa autora, a ideia e a necessidade da apreciação judicial do tema. OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Direitos sexuais de LGBT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013.

⁶⁷³ Em um contraponto, Martonio Mont’alverne e Ítalo Reis asseveram que em situações como essa, envolvendo a questão das uniões homoafetivas, o STF “reafirmou importantes direitos de grupos sociais marginalizados que necessitam de especial proteção em razão de sua condição de fragilidade institucional. Todavia, para tal, mostrou-se necessária a relativização dos limites funcionais atribuídos ao Poder Judiciário e consequente fragilização do princípio da separação de poderes, o que a longo prazo, sob o prisma democrático, pode representar um grande perigo em razão das pautas sociais serem avançadas ou retraídas não por procedimento executivo ou legislativo (ou até mesmo jurídico) bem estabelecido, mas sim pelo capricho de juízes e tribunais” LIMA, M. M. B; GONÇALVES, Í. R. 2022. p. 167.

⁶⁷⁴ FERNANDES, B. 2020. p. 1.811-1812.

⁶⁷⁵ ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. . p. 433.

⁶⁷⁶ ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 433.

Enfim, nessa perspectiva, a decisão do STF não se enquadraria em uma situação de omissão inconstitucional, por parte dos legisladores. Na verdade, o panorama seria outro e contemplaria lei existente, que o Tribunal considerou imprópria para regular a situação.⁶⁷⁷⁻⁶⁷⁸

Uma das arenas propícias para se debater o tratamento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo seria o Congresso Nacional,⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰ contudo inúmeros projetos (propostas de emenda constitucional e projetos de lei), tramitaram pelo Legislativo, sem que houvesse uma deliberação.⁶⁸¹⁻⁶⁸²

Conforme dado coletado para esse trabalho, no período anterior à decisão do STF (ADI nº 4.277/ADPF nº 132) entre 05 de outubro de 1988 e 05 de maio de 2011, por meio da pesquisa avançada por assunto, buscando pelas locuções “união homossexual” e “união homoafetiva”, foram encontrados os resultados apresentados no quadro abaixo. Vale destacar que o objetivo da pesquisa não foi o de esgotar as propostas apresentadas ao Legislativo, mas ilustrar de forma consistente o volume de ações legislativas acerca do tema e seus objetivos.

Data	Proposta Legislativa	Autoria	Objetivo	Situação
1995	PL 1.151 ⁶⁸³	Deputada Marta Suplicy (PT/SP)	Visa assegurar o reconhecimento da união civil homoafetiva e sua equiparação a entidade familiar, entre outros direitos.	Arquivado em 2001.
2003	PEC 70 ⁶⁸⁴	Senador Sérgio Cabral	Propõe a alteração do art. 226, §3º, CF/88, para	Proposta retira pelo autor em 2006.

⁶⁷⁷ ARGUELHES, D. RIBEIRO, L. 2016. p. 434.

⁶⁷⁸ “O STF formulou regras sobre um tema que, a juízo dos ministros, deveria ter provocado – mas não provocou – a formulação de novas normas jurídicas, incluindo talvez emendas à própria constituição. Em vez de arena de veto, os demandantes fizeram do STF uma arena legislativa primária: dada uma questão política nova, gerada pela mudança na sociedade, pede-se ao STF que formule o tratamento constitucional adequado”. ARGUELHES, D; RIBEIRO, L, 2016. p. 433.

⁶⁷⁹ BARROSO, L. R. 2013. p. 173-178.

⁶⁸⁰ “Esse debate toma a forma de uma dicotomia entre parlamentos e cortes: a decisão sobre se se pode permitir que casais do mesmo sexo casem ou estabeleçam uniões estáveis deve ser tomada pelo legislativo, em razão de seu pedigree democrático, ou essa é uma questão de interpretação constitucional e legal, bem como um problema de proteção de direito das minorias, que não só é aberta às Cortes, mas exige sua participação? Não é preciso dizer que essas duas alternativas (legislativo vs. corte) não são mutuamente excludentes (...)” SILVA, Virgílio Afonso da. Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa? 2013. p. 9-13.

⁶⁸¹ SILVA, Otávio Santiago Gomes da. Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais – nº 31 (2020). p. 553.

⁶⁸² Nesse mesmo ano, 2011, um total de 34 novas proposições legislativas envolvendo a garantia de direitos LGBT foram propostas no Congresso Nacional. Contudo, das proposições apresentados, poucas possuíam previsão de chegar à deliberação. OLIVEIRA, R. M. R. de. 2013.

⁶⁸³ PL 1151/1995 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)

⁶⁸⁴ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/61093>

		(MDB/RJ)	inclusão da possibilidade de reconhecimento de união estável homoafetiva como entidade familiar.	
2003	PL 2.383 ⁶⁸⁵	Maninha (PT/DF)	Estabelece, entre outras coisas, que as operadoras de planos de saúde não poderão criar restrições à inscrição de pessoas como dependentes de outras em função de pertencerem ao mesmo sexo.	Em trâmite. Aguarda julgamento de recurso desde 29/03/2006.
2005	PL 6.297 ⁶⁸⁶	Deputado Maurício Rands (PT/PE)	Altera a legislação vigente para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, os companheiros e companheiras dos segurados e seguradas do INSS e dos servidores e servidoras públicas civis da União.	Arquivado.
2007	PL 2.285 ⁶⁸⁷	Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA)	Propõe o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e assegurar o direito à guarda e à convivência com filhos, à adoção, direitos previdenciários e à herança.	Em trâmite, fase inicial nas Comissões.
2007	PL 580 ⁶⁸⁸	Deputado Clodovil Hernandes (PTC/SP)	Visa assegurar regramento tanto para a união estável como para o casamento entre homossexuais	Em trâmite, aguarda deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.
2007	PL 674 ⁶⁸⁹	Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP)	Visa regulamentar o art. 226, § 3º da Constituição Federal (união estável entre duas pessoas).	Em trâmite, aguarda deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.
2008	PL 4.508 ⁶⁹⁰	Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL)	Propõe a proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais.	Em trâmite, em fase inicial nas comissões.
2009	PL 4.914 ⁶⁹¹	Deputado José Genoíno (PT/SP)	Propõe acrescentar o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis, excetuando-se a conversão em casamento.	Em trâmite, aguarda apreciação nas comissões.

⁶⁸⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139917>

⁶⁸⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308373>

⁶⁸⁷ PL 2285/2007 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)

⁶⁸⁸ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>

⁶⁸⁹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>

⁶⁹⁰ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420940>

⁶⁹¹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>

2010	PL 7.018 ⁶⁹²	Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA)	Propõe a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo	Em trâmite, em fase inicial nas comissões.
------	-------------------------	------------------------------------	---	--

Fonte: Informações disponíveis na página da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Compilação e sistematização próprias.

Apesar de o Poder Legislativo ter se movimentado em torno do tema (pelo menos, 10 propostas legislativas foram apresentadas ao Congresso Nacional), não chegou à aprovação de qualquer regulamentação⁶⁹³ e essa pode ser considerada uma daquelas circunstâncias em que uma parcela minoritária da sociedade não possui força política suficiente para levar a efeito a concretização de direitos fundamentais específicos.⁶⁹⁴

É nesse contexto que pode ser observada a atuação de Tribunais Constitucionais,⁶⁹⁵⁻⁶⁹⁶ que dispõem de recursos para incluir na pauta as discussões que as instâncias majoritárias preferem manter afastadas.⁶⁹⁷ Conforme observa o Ministro Marco Aurélio, essa é a manifestação do caráter tipicamente contramajoritário das Cortes Constitucionais, pois

“de nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República”.⁶⁹⁸

2.3.2. A inércia legislativa no momento pós-decisional

Após a decisão do STF, parcela dos parlamentares apoiou o resultado do julgamento e parcela criticou o Tribunal⁶⁹⁹ por invadir um espaço pertencente ao

⁶⁹² <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695>

⁶⁹³ BARROSO, L. R. 2013. p. 173-178.

⁶⁹⁴ SARMENTO, D; SOUZA NETO, C. 2013. p. 132.

⁶⁹⁵ POST, R; SIEGEL, R. 2004. p. 1027-1043.

⁶⁹⁶ Dado interessante é apresentado pelo professor Virgílio Afonso, em uma análise da solução adotada em vários países para a questão da união homoafetiva. “Em quase todos os países em que casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos, esse reconhecimento se deu por meio de legislação. Há apenas uma exceção: o Brasil. Neste ponto, fica claro porque a decisão do Supremo Tribunal Federal não pode ser comparada sem maiores qualificações com outras experiências internacionais”. SILVA, V. A. 2013. p. 15.

⁶⁹⁷ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁶⁹⁸ Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/ADPF 132. p. 213. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

⁶⁹⁹ <https://www.camara.leg.br/noticias/214019-reconhecimento-da-uniao-de-homossexuais-pelo-stf-divide-opincoes-na-camara/>

Legislativo, com uma atuação extremamente ativista.⁷⁰⁰⁻⁷⁰¹ Apesar das diversas manifestações, até o momento, não houve regulamentação legislativa específica acerca do tema.⁷⁰²⁻⁷⁰³

Conforme levantamento de dados realizado para essa pesquisa, após a decisão do STF (ADI nº 4.277/ADPF nº 132), entre 05 de maio de 2011 e 31 de dezembro 2022, por meio da pesquisa avançada por assunto, buscando as locuções “união homossexual” e “união homoafetiva”, foram encontrados os resultados apresentados no quadro abaixo.

Apesar de o recorte temporal dessa pesquisa estar compreendido entre 2012 e 2022, a decisão em comento, proferida em 2011, foi escolhida por possibilitar a cobertura de um amplo espaço de tempo (praticamente todo o período abarcado pelo trabalho), para se avaliar a atuação do Legislativo após o ato do judiciário.

Além disso, retrata um contexto em que muito projetos, anteriores e posteriores à decisão judicial, haviam sido apresentados, com objetivos diferentes, sendo que nenhum deles chegou à fase de deliberação em Plenário.

Vale destacar a escassez de literatura acerca da atuação legislativa após a decisão do STF, bem como o fato de que o objetivo da pesquisa não foi o de esgotar as propostas legislativas, mas ilustrar, de forma consistente, o volume de ações legislativas acerca do tema e seus objetivos.

Data	Proposta Legislativa	Autoria	Objetivo e objeto	Situação
2011	PDC 224 ⁷⁰⁴	Deputado João Campos (PSDB/GO)	Propõe sustar os efeitos da decisão do Supremo na ADI nº 4.277e na ADPF nº 132 por ter invadido as atribuições do Congresso Nacional. ⁷⁰⁵	Projeto arquivado por versar sobre matéria evidentemente inconstitucional.

⁷⁰⁰ Para informações acerca das reações sociais contrárias ao julgado ver GOMES, J. C. A. 2020. p.134. e CICONELLO, Alexandre. Os avanços e contradições das políticas de direitos humanos no governo Lula. In: PAULA, Marilene de (org.). Nunca antes na história desse país...?: um balanço das políticas do governo Lula. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2011.

⁷⁰¹ “(...) houve resistência da parte dos cartórios, que se recusavam a realizar os casamentos homoafetivos. Em virtude disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175 visando a dar cumprimento à decisão do STF.” GOMES, J. C. A. 2020. p. 135.

⁷⁰² SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 132.

⁷⁰³ BARROSO, L. R. 2012. p. 6.

⁷⁰⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/?wicket:interface=:3>

⁷⁰⁵ O PDC nº 224/2011, com fundamento na competência do Congresso Nacional, prevista nos incisos V e XI, do art. 49, da Constituição Federal, além da sustação dos efeitos da decisão do STF, objetivou a anulação de todos os atos dela decorrente do julgamento.

2011	PDC 495 ⁷⁰⁶	Deputado Marco Feliciano (PSC/SP)	Convocação de plebiscito acerca do reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar.	Projeto devolvido ao autor, em 22/11/2011, por contrariar o art. 3º da Lei nº 9.709/98 c/c o art. 137 § 1º, inciso I do RICD.
2011	PDC 232 ⁷⁰⁷	Deputado André Zacharow (PMDB/PR)	Convocação de plebiscito acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo	Arquivado.
2011	PDC 521 ⁷⁰⁸	Deputado Marco Feliciano (PSC-SP)	Convocação de plebiscito acerca do reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar	Arquivado.
2011	PLS 612 ⁷⁰⁹	Senadora Marta Suplicy (PT/SP)	Propõe alteração legislativa para o reconhecimento legal da união homoafetiva como entidade familiar e os direitos a ela inerentes	Arquivado.
2013	PL 5120 ⁷¹⁰	Deputado Jean Wyllys (PSOL) e Deputada Erika Kokay (PT)	Propõe alteração de dispositivos do Código Civil para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.	Foi apensado ao PL 4004/2021.
2013	PL 6.583 ⁷¹¹	Deputado Anderson Ferreira (PR-RJ)	Propõe estabelecer o "Estatuto da Família", excluindo do instituto a união homoafetiva.	Em trâmite, aguarda deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.
2015	PEC 158 ⁷¹²	Deputado João Carlos Bacelar Batista (PTN)	Propõe a inclusão das uniões de casais do mesmo sexo no texto constitucional.	Em tramite, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.
2015	PL 620 ⁷¹³	Deputada Júlia Marinho (PSC)	Propõe vedar a adoção conjunta por casal homoafetivo	Em tramite, em fase inicial de discussão nas Comissões.
2017	PL 7765 ⁷¹⁴	Deputado Rubens Pereira Júnior (PCdoB)	Visa possibilitar a inclusão do companheiro ou da companheira, em união estável, como dependente para fins tributários.	Em tramite, na Comissão de Finanças e Tributação.
2018	PLS 134 ⁷¹⁵	Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa	Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero.	Arquivado.

⁷⁰⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=525428>

⁷⁰⁷ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505224>

⁷⁰⁸ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/529281>

⁷⁰⁹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>

⁷¹⁰ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>

⁷¹¹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

⁷¹² <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2024222>

⁷¹³ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=969166>

⁷¹⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139936>

⁷¹⁵ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>

2019	PL 2927 ⁷¹⁶	Deputado Márcio Jerry (PCdoB)	Visa assegurar aos casais de pessoas do mesmo sexo o direito à inscrição, como entidade familiar, nos programas de habitação do Governo.	Em tramite, em fase inicial de discussão nas Comissões.
2020	PL 3435 ⁷¹⁷	Deputado João Carlos Bacelar Batista (PODE)	Propõe regular o direito à convivência familiar e à adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.	Em tramite, em fase inicial de discussão nas Comissões.
2020	PL 5423 ⁷¹⁸	Deputada Maria do Rosário (PT)	Dispõe sobre os registros públicos de dupla maternidade ou paternidade, envolvendo casais homossexuais.	Em tramite, Comissão de Seguridade Social e Família.
2020	PLS 578 ⁷¹⁹	Senador Marcos Rogério (DEM/RO)	Visa assegurar o direito de as autoridades religiosas se recusarem a celebrar casamentos por motivo de crença, inclusive o casamento entre pessoas do mesmo sexo.	Em tramite, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.
2021	PL 4004 ⁷²⁰	Deputada Natália Bonavides (PT/RN)	Visa alterar o Código Civil para assegurar tratamento igual entre casais, na celebração do casamento.	Em tramite nas Comissões.

Fonte: Informações disponíveis na página da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Compilação e sistematização próprias.

Pode-se observar que vários projetos foram apresentados (pelo menos 16) e, alguns até discutidos, a maioria partindo da premissa assentada pela Corte, de que é garantido o direito de união estável aos casais homoafetivos.

Não obstante as críticas públicas à decisão, podemos concluir, com base nos dados levantados, que não houve movimentação eficiente de grupos parlamentares, com a finalidade de reverter o precedente do Tribunal.⁷²¹⁻⁷²² A esmagadora maioria

⁷¹⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2203619>

⁷¹⁷ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2255780>

⁷¹⁸ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2266295>

⁷¹⁹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141007>

⁷²⁰ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2306938>

⁷²¹ Com uma visão diferente, Otávio Santiago Gomes da Silva, ao avaliar esse cenário, sustenta ter ocorrido backlash legislativo. SILVA, Otávio Santiago Gomes da. Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). CSOnline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais – n° 31 (2020). p. 533-554.

⁷²² Uma situação que pode obstruir o diálogo entre tribunais e legislaturas ocorre quando uma questão é tão controversa que parece impedir uma resposta legislativa a uma decisão judicial que invalida uma lei. Hogg e Bushell citam o seguinte exemplo: Em *Morgenfafer*, as restrições ao aborto no Código Penal foram consideradas como privando indevidamente as mulheres grávidas de liberdade ou segurança da pessoa e contrariando a Constituição. A Corte declarou a inconstitucionalidade da lei e acrescentou que uma lei de aborto menos restritiva poderia possivelmente ser mantida. Em 1990, um projeto de lei que teria implementado uma lei de aborto menos restritiva foi introduzido no Parlamento. No entanto, essa lei foi derrotada por um empate na votação no Senado, e a questão do aborto nunca foi revisitada, nem em termos de uma nova lei, nem mesmo em termos da revogação

dos projetos, posteriores ao posicionamento judicial, trata da afirmação ou da negação de direitos decorrentes da união estável e não questiona ou reage ao reconhecimento da entidade familiar em si.⁷²³

Ainda com base nas informações da pesquisa e pensando na dinâmica de interação entre o Congresso e o STF, vale destacar três projetos que foram propostos e arquivados.

O PDC 224/2011,⁷²⁴ apresentado em 25.05.2011, tinha como objetivo sustar os efeitos da decisão do Supremo, na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, por ter invadido as atribuições do Congresso Nacional. O projeto estava lastreado na competência parlamentar, prevista no art. 49, V e XI, CF/88, e foi arquivado por manifesta inconstitucionalidade, vez que o dispositivo admite, em determinadas condições, que o Legislativo suste atos do Poder Executivo, mas não atos do Judiciário. De toda forma, a proposta representa um exemplo de reação a postura ativa do Tribunal.

Houve, também, apresentada em 10.02.2011, pelo Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), a PEC 03.2011,⁷²⁵ com o fito de dar nova redação ao art. 49, V, CF/88. A proposta da emenda era ampliar a competência do Congresso Nacional para acrescentar a possibilidade de o Parlamento sustar, em circunstâncias delimitadas, os atos normativos dos outros poderes (não só do Executivo, mas também do Judiciário). A proposição foi arquivada em 03.01.2019.⁷²⁶

A PEC é anterior ao julgado aqui comentado e não configura uma reação específica a atuação da Corte na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, contudo é uma clara movimentação legislativa no sentido de encontrar alternativas institucionais que tornem o Judiciário mais deferente as escolhas do Legislativo.

Por último, o PL 4.754/2016,⁷²⁷ apresentado pelo Deputado Demóstenes Cavalcante (DEM-RJ), tem como objetivo acrescentar ao artigo 39 da Lei nº 1.079/1950 (Lei do Impeachment), uma nova hipótese de crimes de responsabilidade

formal da lei que foi declarada inconstitucional em 1988. Enquanto nem a Carta, nem a Corte impediram uma resposta legislativa à decisão em *Morgentaler*, a questão do aborto é tão explosiva politicamente que escapa ao consenso democrático. Assim, a decisão da Corte, derrubando a antiga lei canadense sobre o aborto, continua sendo a última palavra sobre esta questão. HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 95-96.

⁷²³ Para Hogg e Bushell, o silêncio também é uma resposta a ser considerada no sistema dos diálogos. HOGG, P.; BUSHELL, A. 1997. p. 95.

⁷²⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/?wicket:interface=:3>

⁷²⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>

⁷²⁶ Para uma análise mais detalhada ver WILLEMANN, Marianna Montebello. *Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil*. Revista brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013.

⁷²⁷ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>

aplicável aos ministros do STF: “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.

No parecer, o Relator Marcos Rogério (DEM/RO) faz uma análise dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, descrevendo a ocupação dos espaços decisórios (dos outros poderes) pelo Supremo.^{728_729}

Em 05/05/2021, em deliberação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, saiu vencedor o parecer do Deputado Pompeo de Mattos (PDT-RS), que sustentou a inconstitucionalidade desse PL e do PL n° 1.182/2019,⁷³⁰ que a ele estava apensado. Ambos os PLs aguardam a designação de novo relator na CCJC,⁷³¹ em virtude da mudança de legislatura.

A inércia posterior à decisão, como categoria proposta nessa pesquisa, não desconsidera as tentativas do Legislativo em torno da regulação de um tema, mas evidencia a falta de uma movimentação eficiente do processo legislativo que resulte em uma normatização. Como já observado, essa é uma das respostas legislativas possíveis.⁷³²

Nessas situações, em geral, se está diante de uma questão que encontra passagem difícil na arena pública⁷³³ e, conseqüentemente resulta em uma materialização legislativa lenta. Essa é uma das conseqüências de um sistema democrático de governo que pode favorecer a manutenção das decisões da Corte.⁷³⁴

2.4. Quando o Parlamento acomoda a decisão judicial

Segundo Claudio Araújo Reis, “o processo legislativo, como ação coletiva, envolve, tipicamente, os elementos de competição e de cooperação que caracterizam

⁷²⁸ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>

⁷²⁹ CARDINALI, Daniel Carvalho (2017). A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequência. Dissertação (mestrado) em Direito. Rio de Janeiro: UFRJ. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4992792. Acesso em: 23 set. 2018

⁷³⁰ Apresentado em 27/02/2019, pela Deputada Bia Kicis (PSL-DF), o PL 1182/2019 tem o mesmo objeto do PL 4.754/2016, qual seja, acrescentar uma nova hipótese de crimes de responsabilidade aplicável ministros do STF a Lei n° 1.079/1950 (Lei do Impeachment).

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193260>

⁷³¹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>

⁷³² A inércia legislativa, como categoria de resposta do Legislativo proposta nesse trabalho, só configura Diálogo quando ocorre a efetiva tentativa do Parlamento de legislar em resposta à decisão judicial

⁷³³ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96.

⁷³⁴ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96.

a socialidade humana”.⁷³⁵ No caso da competição, o ato de elaboração da norma se assenta na disputa pelo controle dos recursos envolvidos na tomada de decisões coletivas ou na concorrência para definir o que configurará interesse comum.⁷³⁶

Ao percorrer o caminho da cooperação, se desenha uma ação conjunta, lastreada na composição de razões compartilhadas, que permitem reconhecer o grupo como um sujeito plural. Essas posturas não são, necessariamente, excludentes, mas se alternam ao longo do processo.⁷³⁷ Nesse tópico, nos voltaremos para uma possível ação cooperativa entre Congresso e STF.

Conforme alerta o professor Conrado Hubner, “o desafio legislativo contra a decisão judicial é incomum. O parlamento, em regra, prefere não comprar a briga política ou argumentativa.”⁷³⁸ É rara a situação em que o Congresso se vê diante de um impasse profundo o suficiente para sustentar o custo de reagir com veemência a decisão judicial, no mais das vezes, o Legislativo se adapta a posição da Corte.⁷³⁹

Se os propósitos gerais da política pública ou do direito em discussão podem ser preservados, como delineado inicialmente pelos congressistas, sem muito dano ao foco parlamentar, a tendência é de conformação à decisão judicial.⁷⁴⁰

E, ao final, a política pública ou o regramento de um direito é resultado da interface (negociação/competição), não só interna do Parlamento, mas também entre os Poderes. A relação é maleável e gera respostas diferentes das que seriam obtidas caso a decisão estivesse nas mãos de uma das instituições apenas.⁷⁴¹

Toda resposta legislativa, quando surge como reflexo consciente da decisão judicial, mesmo que aquiesça à posição da Corte, exemplifica uma forma de diálogo.⁷⁴² O acordo e o convencimento são um tipo de resultado possível desse processo. Não se pode, por isso, nessas circunstâncias, presumir uma deferência passiva.⁷⁴³

A perspectiva do que vem a ser um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, na visão de Hogg e Bushell, é bastante ampla. Entre as situações

⁷³⁵ REIS, Claudio Araújo. **Cooperação, competição e o processo legislativo**: sobre a proibição das facções em Rousseau. KRITERION, Belo Horizonte, nº 151, Abr./2022, p. 170. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0003-4355-4903>.

⁷³⁶ REIS, C. A. 2022, p. 170.

⁷³⁷ REIS, C. A. 2022, p. 170.

⁷³⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 129-130.

⁷³⁹ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 80.

⁷⁴⁰ MENDES, C. H. 2008. p. 130.

⁷⁴¹ MENDES, C. H. 2008. p. 130.

⁷⁴² Para um contraponto MENDES, C. H. 2008. p. 148.

⁷⁴³ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96-98.

examinadas pelos autores, encontram-se casos em que o Legislativo simplesmente revogou a lei reputada inconstitucional, aceitando a posição do tribunal, além de situações em que o órgão se limitou a modificar a lei para corrigir os problemas apontados pela decisão judicial.⁷⁴⁴

Hogg e Bushell consideram que excluir tais hipóteses seria adotar uma visão muito estreita e limitada do que é um diálogo, afinal, o resultado da interação sempre poderá ser um acordo entre os interlocutores.⁷⁴⁵

Parte da literatura nacional sustenta que, entre o Congresso e o STF, existe mais uma sobreposição de monólogos do que uma tentativa de diálogo.⁷⁴⁶ Contudo, tal conclusão pode estar relacionada ao enfoque persistente na superação legislativa, desconsiderando as situações em que o Congresso abraça a posição judicial e a ela se adequa. Para tanto, o Legislativo pode se utilizar da lei ou da emenda constitucional.

Nessa perspectiva, a categorização proposta como acomodação envolve a positivação, ou seja, a movimentação do processo legislativo sem se confrontar diretamente a posição judicial.

Assim, o Legislativo, ao positivar a tese posta pelo Tribunal, por meio de lei ou Emenda Constitucional, também estaria em diálogo com a Corte. Essa positivação poderia simplesmente reproduzir o entendimento do Judiciário (exemplo acima de Hogg e Bushell) ou poderia abraçar a tese judicial estabelecendo algumas exceções (algumas ou muitas), como no caso a ser comentado, ainda nesse tópico.

Outra alternativa seria a confecção de uma norma que reconfigurasse um sistema, uma política pública ou um direito, de modo a permitir que os propósitos do Legislativo (ou parte deles) fossem atingidos, mas por vias diversas, sem incidir nos

⁷⁴⁴ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96-98.

⁷⁴⁵ “Todas as sequelas legislativas são exemplos de diálogo? Tomamos a posição de que qualquer legislação é diálogo, porque a ação legislativa é uma resposta consciente do órgão legislativo competente às palavras proferidas pelos tribunais. No entanto, pode haver espaço para o debate sobre exatamente o que conta como diálogo. Por exemplo, em sete dos casos que pesquisamos, o Parlamento ou uma legislatura provincial simplesmente revogou a disposição que foi considerada como violando a Carta. Nesses casos, o órgão legislativo competente simplesmente concordou com a decisão do tribunal, e pode ser argumentado que não houve um verdadeiro “diálogo”. Da mesma forma, em vários casos em que os órgãos legislativos competentes alteraram suas leis, a legislação corretiva simplesmente implementou as mudanças sugeridas pelo tribunal de revisão. Nenhum esforço foi feito para evitar o resultado alcançado pelo tribunal. Consequentemente, esses casos também podem ser excluídos do significado do diálogo. Mas provavelmente está lançando a noção de diálogo de forma muito restrita para descontar aquelas medidas corretivas que simplesmente seguiram as instruções do Tribunal, seja revogando ou alterando uma lei inconstitucional. Afinal de contas, é sempre possível que o resultado de um diálogo seja um acordo entre os participantes!” (Tradução livre) HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 98.

⁷⁴⁶ Para leitura que defende haver monólogos sobrepostos entre STF e Congresso ver HACHEM, Daniel Wunder; PETHCHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? Curitiba: **Revista de Investigações Constitucionais da UFPR**. vol. 8, janeiro/abril 2021. p. 209-236.

equívocos formais ou materiais apontados pela Corte (exemplo a ser trabalhado no estudo de caso, capítulo 3).

Na categoria da acomodação, então, ao usar o processo legislativo para responder a decisão da Corte, o Legislativo se dispõe a abrir mão de algo (muito ou pouco, a depender de como se confecciona a resposta legislativa) para se ajustar as balizas fixadas pelo Tribunal e altera o sistema normativo. E, assim, a configuração do direito ou da política pública não se corporificaria nem na forma idealizada pelo Parlamento, nem na oferecida pelo Judiciário.⁷⁴⁷

Diante desse cenário, é justo questionar se o Parlamento não poderia confrontar a posição do Tribunal, simulando uma acomodação à tese judicial. Sem dúvida, essa é uma possibilidade. Mas esse caminho não inviabiliza a categorização, pois, ainda assim, seria uma escolha do Legislativo de não confrontar diretamente a posição da Corte, quando poderia fazê-lo (e repetidas vezes o faz).

Enfim, a acomodação admite subcategorizações, quer dizer, se materializa de diversas formas, desde a simples positivação até a aceitação simulada da decisão judicial. Comporta um leque variado de níveis e graduações. Em todos os casos, para que se configure essa opção de resposta legislativa, o Congresso se posiciona, movimentando o processo legislativo, de forma a não desafiar diretamente a tese do STF.

Um exemplo de situação em que o Legislativo acomoda a decisão judicial é o da Emenda Constitucional 111, de 28.9.2021 (entre outros, dispõe acerca de fidelidade partidária).⁷⁴⁸ A escolha desse exemplo se justifica pela importância que a literatura dá a esse tema, como também por ser um assunto que comportou várias rodadas procedimentais, condicionadas ao longo do período da pesquisa, culminado com a alteração constitucional em comento.

Pelo regramento constitucional pátrio, só se pode concorrer a um cargo eletivo se houver filiação partidária. Essa exigência está prevista no art. 14, § 3º, V, da

⁷⁴⁷ “Geralmente existe uma lei alternativa que está à disposição do corpo legislativo e que permite que o propósito legislativo seja substancialmente realizado, embora por meios um tanto diferentes. Além do mais, quando o Tribunal derruba uma lei, ele frequentemente oferece um processo sobre como a lei poderia ser modificada para resolver os problemas constitucionais. O corpo legislativo muitas vezes segue essa sugestão, ou elabora uma lei diferente que também contorna as barreiras apontadas pela Corte como inconstitucionais.” HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 80.

⁷⁴⁸ “Art. 17, § 6º, CF. Os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.”

CF/88⁷⁴⁹ e a vinculação ao partido leva ao dever de obedecer às regras de fidelidade partidária.

A Constituição Federal de 1988 assegurou autonomia aos partidos políticos para que definissem o regramento acerca da fidelidade e disciplina partidárias.⁷⁵⁰ Vale destacar que a infidelidade partidária não foi incluída entre as causas constitucionais de perda de mandato dos parlamentares eleitos (art. 55, CF).⁷⁵¹⁻⁷⁵²⁻⁷⁵³

Logo em 1989, o TSE⁷⁵⁴ e o STF⁷⁵⁵ enfrentaram a matéria, ambos se posicionando pela inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária como forma de gerar perda de mandato parlamentar.⁷⁵⁶⁻⁷⁵⁷

⁷⁴⁹ “Art. 14, § 3º, CF. São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária;”

⁷⁵⁰ “Art. 17, § 1º, CF. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

⁷⁵¹ “Art. 55, CF/88. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.”

⁷⁵² A Emenda Constitucional nº 1, de 1969 alterou a CF/67 e dispunha acerca da possibilidade de o parlamentar perder o mandato em razão da infidelidade partidária. O dispositivo não foi acolhido na CF/88. “Art. 35, CF/67. Perderá o mandato o deputado ou senador: V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.” O dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 24 de 1985.

⁷⁵³ CLÈVE. Clèmerson Melin; ANA CAROLINA DE CAMARGO CLÈVE. A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4492, 19 out. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43664>. Acesso em: 31 mar. 2023.

⁷⁵⁴ O TSE se manifestou por meio da consulta de n.º 9.914, de autoria do deputado federal Antônio Carlos Mendes Thame, que indagava sobre a possibilidade de migração de um partido para outro sem acarretar prejuízos ao parlamentar. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n.º 9.914, Resolução n.º 15.090, de 2 de março de 1989. Relator(a) Min. José Francisco Rezek, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 14/07/1989, Página 12106. BEL - Boletim Eleitoral, Volume 464, Tomo 1, Página 444.

⁷⁵⁵ “Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indeferido.” Supremo Tribunal Federal. MS 20.927, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994. Acesso em: 01.02.2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>

⁷⁵⁶ No período entre 1985 e 1998, 686 deputados, entre titulares e suplentes, mudaram de partido no Congresso, e que a movimentação está distribuída igualmente nas quatro legislaturas analisadas, conforme dados levantados por Carlos Ranulfo Félix de Melo, em sua tese de doutorado. MELO, Carlos Ranulfo Felix de. Retirando as cadeiras do lugar: migração partidária na Câmara dos Deputados: 1985-1998. Belo Horizonte, 1999. Dissertação (Doutorado em Ciências Humanas, Sociologia e Política, da Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 1999).

⁷⁵⁷ FERNANDES, B. G. 2020. P. 1104.

Posteriormente, foi publicada a Lei n.º 9.096/1995 (a terceira Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que, seguindo a sistemática adotada pela Constituição de 1988, dispõe acerca da fidelidade e disciplina partidárias, sem prever hipótese de perda do mandato em decorrência da violação a esses princípios.

A norma não impôs qualquer tipo de sanção, deixando a previsão de penalidades a cargo do estatuto partidário. Em suma, entendia-se que o mandato pertencia ao parlamentar e a desfiliação partidária não estava compreendida entre as causas de perda do mandato eletivo.⁷⁵⁸

Em 2007⁷⁵⁹, contudo, o TSE⁷⁶⁰ decidiu que a infidelidade partidária era causa de perda do mandato eletivo,⁷⁶¹ apesar da ausência de previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional que corroborasse a conclusão judicial.⁷⁶² A tese jurisprudencial assentou que, se o titular do mandato,⁷⁶³ se desvinculasse do partido político pelo qual foi eleito, sem justa causa,⁷⁶⁴ perderia o cargo que ocupa.

Vale destacar, para os fins desse trabalho, que, firmado o novo entendimento no TSE, três partidos políticos solicitaram ao Presidente da Câmara a declaração de vacância dos mandatos de alguns deputados federais, que haviam migrado dessas agremiações. Ante a negativa do Presidente da Câmara,⁷⁶⁵ numa clara resistência ao giro interpretativo do TSE, o Supremo foi instado a se manifestar, inicialmente, por

⁷⁵⁸ FERNANDES, B. G. 2020. P. 1104.

⁷⁵⁹ O Partido da Frente Liberal (PFL) formulou a consulta nº 1.398 com o seguinte questionamento a Corte Eleitoral: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. Diário da Justiça. Brasília, 08 maio 2007.

⁷⁶⁰ Por maioria, os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral entenderam que a troca injustificada de partido político enseja a perda do mandato do parlamentar eleito, sendo que a desfiliação partidária daquele que exerce o mandato eletivo dá azo para que o partido político – e, na sua omissão, o suplente e até o Ministério Público Eleitoral (MPE) – requeira à Justiça Eleitoral a perda do seu direito de representar. Restou vencido apenas o Ministro Marcelo Ribeiro.

⁷⁶¹ “O pronunciamento causou alarde por sua inovação, substanciando verdadeira mutação constitucional(...).” CLÈVE, C. M; CLÈVE, A. C. 2015.

⁷⁶² o Ministro Marcelo Ribeiro, com uma postura mais cautelosa, aponta a ausência de previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional que justifique a perda de mandato e ressalta a falta de interesse do constituinte originário em abarcar a possibilidade. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha. Diário da Justiça. Brasília, 08 maio 2007, p. 54-55 e 62.

⁷⁶³ Na ADI 5.081/2015, o STF decidiu que a perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, argumentando que a hipótese violaria a soberania popular e as escolhas feitas pelo eleitor. Acesso em 22.04.2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>

⁷⁶⁴ TSE de n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007. Art. 1º - 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. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal

⁷⁶⁵ “As respostas do TSE, apesar de direcionamentos (funcionar como balizamento), não são dotadas de força vinculante.” FERNANDES, B. G. 2020. P. 1105.

meio de mandados de segurança⁷⁶⁶ e, posteriormente, via controle concentrado.⁷⁶⁷ A Corte⁷⁶⁸ corroborou o novo posicionamento do TSE.⁷⁶⁹

Em 2015, foi editada a Lei nº 13.165/2015, que alterou a Lei nº 9.096/95, inserindo, no campo normativo, regras acerca da “infidelidade partidária”.⁷⁷⁰ A nova legislação não só tratou do tema de forma direta como estipulou exceções, situações em que ao deixar o partido, durante o mandato, o parlamentar permaneceria no cargo.⁷⁷¹

Dados os parâmetros pelo Judiciário, nesse caso, o Parlamento optou pelo caminho da aclimação.⁷⁷² Regulou o instituto, contemplando algumas das exceções que já havia sido postas, pelo Judiciário,⁷⁷³ e acrescentou uma hipótese de justa causa que, de certo modo, flexibilizou a transmigração partidária.⁷⁷⁴

Vale acrescentar ainda que, em 2021, a Emenda Constitucional 111 acrescentou o § 6º ao art. 17 da CF,⁷⁷⁵ constitucionalizando o tratamento da infidelidade partidária, de forma a assegurar aos Deputados Federais, aos Deputados

⁷⁶⁶ “O Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) apresentaram à Mesa da Câmara dos Deputados, com base nas Resoluções do TSE, pedidos de declaração da vacância dos mandatos dos Deputados Federais que haviam mudado de partido. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu os requerimentos e contra essa decisão se voltaram as agremiações por meio de mandados de segurança impetrados perante o Supremo Tribunal Federal.” CLÈVE. C. M; CLÈVE, A. C. 2015.

⁷⁶⁷ Mandados de Segurança nº. 26.602, 26.603 e 26.604 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n.º 3.999 e 4.086

⁷⁶⁸ O STF assentou que, salvo em alguns casos, é direito dos partidos políticos preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral na situação em que o candidato eleito cancela sua filiação partidária ou se transfere para legenda diversa, a partir da data da publicação da Resolução do TSE de n.º 22.610/2007. Assim, essas hipóteses de perda de mandato “por migração e desfiliação partidária voluntária não configuram sanção, mas, sim, decorrência lógica do regime jurídico da fidelidade partidária, pois se vive, no Brasil, uma democracia partidária”. CLÈVE. C. M; CLÈVE, A. C. 2015.

⁷⁶⁹ Com relação a questão temporal, o STF fixou a tese de que poderia perder o mandato o parlamentar que mudasse de partido após a decisão do TSE, ou seja, a posição da Corte Eleitoral não teria efeitos retroativos ao início da legislatura. FERNANDES, B. G. 2020. P. 1105.

⁷⁷⁰ FERNANDES, B. G. 2020. P. 1107.

⁷⁷¹ 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.

⁷⁷² HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96-98.

⁷⁷³ Foram mantidas as seguintes exceções: (a) a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e (b) grave discriminação pessoal. FERNANDES, B. G. 2020. P. 1107.

⁷⁷⁴ “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.” CLÈVE. C. M; CLÈVE, A. C. 2015.

⁷⁷⁵ Art. 17, § 6º, CF. Os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Estaduais, aos Deputados Distritais e aos Vereadores,⁷⁷⁶ nos casos de anuência do partido, o direito de se desligarem da agremiação, pela qual foram eleitos, sem perder o mandato.

A Emenda Constitucional 111/2021 e a Lei nº 13.165/2015 positivaram três pontos pacificados pelo STF: (i) a aplicação de perda de mandato por infidelidade partidária para eleitos pelo sistema proporcional; (ii) a inaplicabilidade da sanção aos ocupantes de cargos de sistema majoritário⁷⁷⁷ e (iii) a inexistência de infidelidade no caso mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e de grave discriminação política pessoal.

O Congresso não confrontou a posição da Corte, positivou, de certa forma, o entendimento consolidado pelo Tribunal e ao fazê-lo, levou em consideração a posição e os argumentos da Corte,⁷⁷⁸ e mais, acomodou outros interesses, ao ampliar a via estreita que havia sido apresentada como solução pelo Judiciário.⁷⁷⁹⁻⁷⁸⁰

Há muito mais que deferência aqui. Há diálogo institucional e também uma tentativa de assegurar que a interpretação mais flexível do instituto é a que deve prevalecer ao longo do tempo (e há maior chance de isso acontecer, se ela for constitucionalizada).

A constitucionalização pode representar uma tentativa de impedir ou minimizar, em rodadas procedimentais futuras, o risco de uma mudança interpretativa, por parte da Corte, que poderia levar o instituto para um lugar onde o Parlamento não o quer.

2.5.O poder de superação do Legislativo

A separação de poderes, na visão da Teoria dos Diálogos, está assentada na fragmentação de poder que possibilita palavras finais provisórias a cada um dos poderes, de acordo com suas atribuições. A provisoriedade garante a chance de novos debates que tensionam as decisões (judiciais ou legislativas).

⁷⁷⁶ As sanções por infidelidade partidária continuam sendo aplicáveis apenas aos detentores de cargos eletivos proporcionais.

⁷⁷⁷ ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, (processo eletrônico dje-162 divulgação 18-08-2015 publicação 19-08-2015) e Súmula 67-TSE: “A perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.” Como exemplo, pode ser citada a situação do Presidente Jair Bolsonaro, que foi eleito em 2018 pelo PSL, tendo deixado a sigla no fim de 2019. A saída da agremiação não configurou ato que pudesse gerar a perda do mandato por infidelidade partidária.

⁷⁷⁸ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 98.

⁷⁷⁹ CLÈVE, C. M.; CLÈVE, A. C. 2015.

⁷⁸⁰ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96-98.

Assim, feita a escolha legislativa e publicado o ato normativo, essa decisão pode ser contestada frente ao Judiciário, no que tange a sua compatibilidade com a Constituição. E, da mesma forma, firmado o posicionamento judicial, o Legislativo pode reagir a ele, movimentando o processo legislativo.⁷⁸¹

Aqui cabe, portanto, a pergunta: em um Estado Democrático de Direito, é cabível a superação institucional de uma decisão da Corte pelo Parlamento? E qual o aparato adequado para se proceder a essa reação, emenda constitucional ou lei ordinária?⁷⁸²

Kent Roach, tratando dos diálogos interinstitucionais entre Legislativo e Judiciário, esclarece que o que compromete o sistema democrático é a deferência do legislador ao Judiciário, ou seja, não se deve temer o ativismo judicial, pois “o ativismo judicial se responde com o ativismo legislativo.”⁷⁸³

Se o Parlamento discorda de uma posição do Judiciário pode lançar mão de um instrumental eficaz, na busca de fazer valer sua visão de mundo e da Constituição. A superação do entendimento jurisprudencial pelo Legislativo, mesmo que sem previsão normativa específica,⁷⁸⁴ se desenrola, especialmente, mediante dois caminhos:⁷⁸⁵ (i) a reedição de lei, já declarada inconstitucional pelo Judiciário; (ii) a aprovação de emenda à Constituição, que supere a decisão judicial.⁷⁸⁶⁻⁷⁸⁷

⁷⁸¹ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 80.

⁷⁸² BRANDÃO, R. 2022. p. 342.

⁷⁸³ ROACH, K. 2001.

⁷⁸⁴ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 221.

⁷⁸⁵ “Outro tipo de proposição institucional no sentido de aproximar a interpretação da Constituição aos anseios da população envolveria a possibilidade de veto popular para decisões divisivas da corte constitucional em que a maioria fosse alcançada pela diferença de um único voto. Nesse caso, a questão seria enviada para o Congresso, que votaria a favor ou contra a reconsideração da questão. Caso o Congresso apoiasse a reconsideração, a questão seria remetida à decisão do povo, por meio de referendo.” GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2705.

⁷⁸⁶ “A teoria dos diálogos institucionais (...) A controvérsia travada nesta ADI suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, na medida em que questiona a validade jurídico-constitucional de um conjunto de normas que encerram frontal superação legislativa à específica interpretação da Constituição conferida pelo STF. (...) a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do STF, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, DJE de 16-3-2016.

⁷⁸⁷ GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2705.

No ordenamento jurídico brasileiro, as decisões do STF, em controle de constitucionalidade concentrado, vinculam a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, não se impondo ao Poder Legislativo.⁷⁸⁸ Ou seja, não há óbice à edição de novos atos normativos que destoem de decisões já assentadas pela Corte, em matéria constitucional.^{789_790}

Assim, a literalidade normativa acerca do tema, se não autoriza expressamente, também não veda a edição de novas normas – sejam leis ou emendas à Constituição – que confrontem decisões já assentadas pelo Tribunal, em matéria constitucional.⁷⁹¹⁻⁷⁹²

No Brasil, ao que parece, a aprovação de emendas à Constituição tem catalisado o debate de questões constitucionais, permitindo que leituras sustentadas pelo Supremo sejam problematizadas e rediscutidas na arena política.⁷⁹³

Peter Hogg e Allison Bushell partem da premissa de que para haver um diálogo, em uma perspectiva democrática, é necessário que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade de leis possam ser superadas, modificadas ou anuladas pelo processo legislativo ordinário.⁷⁹⁴

Na sistemática nacional, a prática suscita posições divergentes na doutrina e na jurisprudência,⁷⁹⁵ quanto à validade de tais diplomas legais.⁷⁹⁶ Na companhia de Rodrigo Brandão, é possível sustentar que a aprovação de uma lei ordinária idêntica a lei anteriormente declarada inconstitucional, não possui necessariamente vício de inconstitucionalidade.⁷⁹⁷

⁷⁸⁸ Art. 102, §2º e art. 103-A da Constituição Federal; 43 art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/1999.

⁷⁸⁹ “Ao assim proceder, este STF agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214). À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do STF.” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, *DJE* 16-3-2016.

⁷⁹⁰ Apesar de não haver impedimento para a superação da decisão judicial, é importante ter no radar a possibilidade de nova rodada procedimental em que o Judiciário destitui a legislação superadora. Esse ponto será melhor desenvolvido, nesse capítulo, no item 2.6. A atuação da Corte. Reação Judicial?

⁷⁹¹ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 222.

⁷⁹² Apesar de não haver impedimento para a superação da decisão judicial, é importante ter no radar a possibilidade de nova rodada procedimental em que o Judiciário destitui a legislação superadora. Esse ponto será melhor desenvolvido, nesse capítulo, no item 2.6. A atuação da Corte. Reação Judicial?

⁷⁹³ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 222.

⁷⁹⁴ HOGG, P; BUSHHELL, A. 1997. p. 80.

⁷⁹⁵ BRANDÃO, R. 2022. p. 381.

⁷⁹⁶ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 221.

⁷⁹⁷ BRANDÃO, R. 2022. p. 386.

Se a declaração de inconstitucionalidade teve como foco apenas o processo de feitura do ato normativo ou a forma de regulamentação do objeto (e não o objeto em si), nada impede que o legislador aprove nova lei que mantenha o objeto da norma anterior, procedendo aos ajustes necessários para se adequar a decisão da Corte.⁷⁹⁸ Nessa circunstância, não ocorre superação do entendimento do Tribunal e a lei preserva sua presunção de constitucionalidade.⁷⁹⁹

Já no caso em que a declaração de inconstitucionalidade envolve o objeto da lei, segundo o STF, a nova lei é marcada pela presunção relativa de inconstitucional e o ente que a editou tem a responsabilidade de precisar as novas razões que apontem o equívoco na posição que o Tribunal havia sustentado.⁸⁰⁰

Diante desse novo cenário e dos fundamentos apresentados pelo Parlamento, se a Corte modificar seu viés interpretativo, estaremos diante de uma mutação constitucional por iniciativa do legislador.^{801_802}

De toda forma, a superação legislativa pela via da lei ordinária não é muito comum,⁸⁰³ pois pode fragilizar a Constituição ao deixar a flutuação de sua interpretação nas mãos de majorias legislativas ordinárias e ocasionais.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ BRANDÃO, R. 2022. p. 390.

⁷⁹⁹ HOGG, P; BUSHELL, A. 1997. p. 80.

⁸⁰⁰ “Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do professor e hoje ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167).” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P,DJE de 16-3-2016.

⁸⁰¹ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 157-159.

⁸⁰² “(...) É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do STF, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo. Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (...).” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P,DJE de 16-3-2016.

⁸⁰³ “Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte.” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P,DJE de 16-3-2016.

⁸⁰⁴ BRANDÃO, R. 2022. p. 386.

A resposta do Legislativo a uma decisão do STF pode envolver a atuação do Poder Constituinte Derivado⁸⁰⁵ e não apenas a do Poder Legislativo Ordinário.⁸⁰⁶

A modificação do texto constitucional é mais complexa que o processo legislativo ordinário e conta com limites procedimentais e substantivos, como as cláusulas pétreas, a legitimidade para apresentação da PEC ou a maioria necessária para a aprovação de uma nova redação do Texto Maior.⁸⁰⁷⁻⁸⁰⁸

Para Rodrigo Brandão, a sistemática de alteração da CF/88 engloba características interessantes por ser um procedimento laborioso, mas não pesado a ponto de inviabilizar a alteração constitucional.⁸⁰⁹ Em razão de seu desenho, o mecanismo de emenda constitucional “deve ser tido como um instrumento padrão de reversão das decisões de inconstitucionalidade da Suprema Corte.”⁸¹⁰

Assim, o Congresso Nacional manifesta sua divergência para com a interpretação conferida pelo STF, mediante a reforma do próprio parâmetro de Controle⁸¹¹ e o uso desse instrumento não tem sido incomum, na realidade nacional.⁸¹²⁻⁸¹³⁻⁸¹⁴

⁸⁰⁵ BRANDÃO, R. 2022. p. 364-365.

⁸⁰⁶ “Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (*i.e.*, limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.” ADI 5.105, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P,*DJE* de 16-3-2016.

⁸⁰⁷ BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 568.

⁸⁰⁸ WILLEMANN, M. M. 2013. P. 116.

⁸⁰⁹ “O procedimento de alteração constitucional muito complexo, que inviabiliza a modificação do texto da Constituição, acaba por estimular ataques institucionais quando o Tribunal veta objetos desejados por sólidas maiorias legislativas (é o caso do procedimento de reforma da Constituição norte-americana).” BRANDÃO, R. 2022. p. 416.

⁸¹⁰ BRANDÃO, R. 2022. p. 416.

⁸¹¹ HACHEM, D. W; PETHECHUST, E. 2021. p. 210.

⁸¹² BRANDÃO, R. 2022. p. 364.

⁸¹³ Em razão do recorte temporal do trabalho (2012 a 2022), as Emendas Constitucionais abordadas são, em geral, as posteriores a 2012. Para um panorama bem completo de casos anteriores, ver BRANDÃO, R. 2022. p. 365-380.

⁸¹⁴ Alguns exemplos são exaustivamente apontados pela literatura como é o caso da Emenda Constitucional 57/2008, que convalidou as leis de criação de Municípios, publicadas até 32.12.2006. Nesse episódio, que envolveu a provocação do STF por meio das ADIs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 e da ADO 3.681-3, embora a Corte tenha dado ao Parlamento o prazo de 18 meses para a edição da lei complementar federal, o Congresso Nacional optou por emendar a Constituição, sem atender ao comando do STF de legislar, estabelecendo critérios nacionais únicos para criação dos municípios, de modo a regulamentar o art. 18, §4º da Constituição Federal. Outro caso é o da Emenda Constitucional 58/2009, que conferiu nova redação ao art. 29, IV, CF/1988, suprimindo a regra de proporcionalidade para a fixação do número de vereadores municipais. O novo dispositivo constitucional, desafiou o entendimento firmado pelo STF, no RE 197.917, que havia firmado a tese de que o número de vereadores de cada Município deveria ser proporcional ao contingente populacional real do ente federado. Um caso mais recente é o da Emenda Constitucional 110/2021, que dispõe sobre a convalidação de atos administrativos praticados no Estado do Tocantins entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1994. A emenda constitucional inova ao convalidar de forma ampla e geral os atos administrativos praticados nos cinco primeiros anos da autonomia do estado do Tocantins. A superação legislativa nesse caso, envolve, entre outros aspectos, a convalidação do concurso

A Emenda Constitucional 96/2017, de acordo com a doutrina,⁸¹⁵ constitui um caso claro e emblemático de reação legislativa,⁸¹⁶ pois, após a decisão judicial que desagradou o Parlamento, foram apenas 13 dias para a apresentação da PEC que resultou na alteração do texto constitucional.⁸¹⁷⁻⁸¹⁸ Esse é um episódio significativo, não só pela colisão entre direitos fundamentais, o que já justificaria sua escolha, mas também pelo embate acerca do próprio sentido da Constituição e de quem participa de sua construção.⁸¹⁹

Na ADI 4.983, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, foi questionada a constitucionalidade da Lei estadual 15.299/2013, que dispunha acerca da atividade da vaquejada. Apesar de o ato normativo prever a necessidade de cuidado no trato com os animais, o PGR sustentou ser a atividade incompatível com a Constituição de 1988, vez que, na prática, os bovinos eram submetidos a tratamento danoso.⁸²⁰

A questão envolve a tensão entre dois direitos fundamentais constitucionalizados: a proteção ao meio ambiente, na forma do artigo 225, §1º, VII, da Constituição e a proteção às manifestações culturais, assentada no artigo 215, § 1º da CF.⁸²¹ O PGR, ao demandar a atuação judicial, argumenta que é dever do Poder

público com pontuação extra para os pioneiros do Tocantins, pontuação essa que teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 598.

⁸¹⁵ Nesse sentido: CHUERI, Vera Karan; CASTILHO DE MACEDO, José Arthur; Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. *Sequência* (Florianópolis), n. 80, p. 123-150, dez. 2018; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 3ª. ed. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. "Diálogo" entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031; ; LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaqueja: desacordos, integridade e backlash. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.21997 e SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *A Emenda Constitucional 96/2017 da "vaquejada" e a ADI 5.728/DF*. Acesso em 01.04.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-962017-vaquejada-adi-5728df>.

⁸¹⁶ BRANDÃO, R. 2022. p. 371.

⁸¹⁷ CHUERI, Vera Karan; CASTILHO DE MACEDO, José Arthur; Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. *Sequência*. Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez. 2018.p. 144.

⁸¹⁸ Em novembro de 2016, um mês após a decisão da Corte, foi publicada a Lei 13.364, de 29.11.2016, elevando o rodeio, a vaquejada e outras expressões artístico-culturais similares à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio imaterial. FERNANDES, B. 2020. p. 2.123.

⁸¹⁹ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 144.

⁸²⁰ As práticas atuais incluem uma fase preparatória em que os animais são colocados em locais fechados, açoitados e instigados e a vaquejada em si envolve o ato do vaqueiro de torcer o rabo do boi e derrubá-lo com as patas para cima, dentro de zona determinada. A ação ocasiona lesões aos bovinos, bem como aos cavalos que auxiliam os vaqueiros na derrubada, de modo que a atividade desportiva, por sua dinâmica, abrange maus-tratos aos animais que dela participam.

⁸²¹ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 143.

Público proteger a fauna e impedir práticas que submetam os animais à crueldade, ainda que elas configurem manifestações culturais.⁸²²

A provocação, via ADI, traz a Corte para o centro de um desacordo social e estrutural e, em decorrência do design constitucional, está entre suas atribuições dar uma resposta ao conflito.⁸²³ Em 6 de outubro de 2016, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, numa votação nada pacífica (6 x 5).^{824_825}

O episódio da vaquejada possibilita “pensar a democracia constitucional brasileira, quem fala por ela e como fala”,⁸²⁶ pois apesar de a ação ter sido proposta pelo PGR, contar com manifestação favorável da AGU⁸²⁷ e com a aprovação de diversos institutos que lutam pela causa animal, a decisão judicial não foi bem acolhida por uma parte significativa do Legislativo, que representa pautas vinculadas a tradicionais expressões culturais, como a contestada nessa ADI.⁸²⁸

Em 19 de outubro de 2016, foi apresentada a PEC n. 50/2016⁸²⁹, capitaneada pelo Senador Otto Alencar (PSD/BA), para incluir o § 7º ao artigo 225 da CF e, em 6 de junho de 2017, foi promulgada a EC n. 96/2017.⁸³⁰ A Emenda constitucionaliza uma acepção contrária aquela que foi assentada pelo STF,⁸³¹ viabilizando o uso de animais em atividades desportivas, com algumas ressalvas.⁸³²

⁸²² A prática da vaquejada, em determinadas regiões do Brasil, principalmente a nordestina, constitui uma expressão de identidade cultural ligada à prática de fazendeiros de reunirem o gado, quase sempre criado em regime de pecuária extensiva. Essa modalidade de criação tinha o inconveniente de um alto índice de fugas, que demandava a contratação de vaqueiros para resgatarem os bovinos. A recuperação do animal se dava por meio de uma manobra de puxão do seu rabo, que o desequilibrava e possibilitava seu domínio. Posteriormente, a prática transformar-se em uma competição, em espetáculo esportivo. Parecer no PGR na ADI 4.983.

⁸²³ Sobre a possibilidade de respostas minimalistas e maximalistas ver: CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 142.

⁸²⁴ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

⁸²⁵ FERNANDES, B. 2020. p. 2.123.

⁸²⁶ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 141.

⁸²⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

⁸²⁸ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 144.

⁸²⁹ Acesso em: 10.02.2023. Disponível em:

<https://www.25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>

⁸³⁰ Art. 225, § 7º, CF 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.

⁸³¹ FERNANDES, B. 2020. p. 2.123.

⁸³² “É fácil perceber que a EC 96/2017 estabelece uma “fratura” incontornável no programa normativo de proteção ecológica traçado pela nossa Constituição. Para utilizar uma expressão popularizada na prática legislativa brasileira, o parágrafo 7º poderia ser compreendido como uma espécie de “emenda jabuti”, por estar “fora do lugar” e dada a sua total dissonância com o conteúdo protetivo inerente ao regime constitucional ecológico traçado no artigo 225.” SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da “vaquejada” e a ADI 5.728/DF.

A resistência do Legislativo à decisão da Corte, apresenta um cenário de disputa,⁸³³ contestando a noção de que a Constituição é, necessariamente, o que o Judiciário diz que ela é. O Parlamento, com amparo no desenho institucional, se apresenta como um intérprete, que concorre com os órgãos judiciais, nessa função de definir o significado constitucional.⁸³⁴

A alteração da Constituição terminou por provocar mais uma rodada procedimental, devolvendo a questão ao Judiciário. Em julho de 2017, uma nova ADI foi ajuizada (ADI n. 5.728⁸³⁵ – relator Ministro Toffoli), pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, agora em face da Emenda Constitucional 96/2017.

Na ação se habilitaram, ao todo, a expressiva marca de 25 entidades, na condição de *amicus curiae*. Dessas, 19 são entes da Federação interessados na constitucionalidade da emenda (Mato Grosso Do Sul, Distrito Federal, Ceará, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Rio Grande No Norte, Roraima, Sergipe, Tocantins), 3 são associações pró direitos dos animais (Associação Bichos Gerais, PROANIMA - Associação Protetora dos Animais do Distrito Federal, VEDDAS - Vegetarianismo ético, Defesa dos direitos animais e sociedade) e 3 são associações em defesa do direito de manutenção da atividade (Associação brasileira de criadores de cavalo quarto de milha – ABQM, Associação brasileira de vaquejada – ABVAQ, Os Independentes).⁸³⁶

A Procuradoria Geral da República também apresentou a ADI n. 5.772⁸³⁷, cujo relator é o Ministro Barroso e em ambas (ADI n. 5.728⁸³⁸ e ADI n. 5.772⁸³⁹), se manifestou sustentando a inconstitucionalidade da emenda contestada.

⁸³³ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 144-145.

⁸³⁴ HACHEM, D. W; PETHECHUST, E. 2021. p. 232.

⁸³⁵ A ADI n. 5.728 foi incluída na pauta de julgamento de 01.06.2023. Acesso em 10.02.2023. Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>

⁸³⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>

⁸³⁷ Sem previsão de pauta para julgamento. Acesso em 10.02.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>

⁸³⁸ “Ante o exposto, opina a Procuradora-Geral da República pelo conhecimento e, no mérito, pela procedência do pedido formulado, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017.” Brasília (DF), 3 de maio de 2018. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República.

⁸³⁹ “Ante o exposto, opina a Procuradora-Geral da República pela procedência do pedido formulado, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, bem como das expressões “vaquejada”, constante dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364/2016 e “as vaquejadas”, presente no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.220/2001, pelas razões expostas na petição inicial e ratificadas neste momento e, ainda, requer seja a presente ação julgada conjuntamente com a ADI nº 5728, face à identidade parcial de objeto existente entre ambas as ações.” Brasília (DF), 06/09/19. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República.

Nos dois os processos, a Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência das ações,⁸⁴⁰ portanto, pela constitucionalidade da Emenda 96/2017 e da prática cultural e esportiva da vaquejada.⁸⁴¹

A discussão não é simples e deve passar, como destaca André de Carvalho Ramos,⁸⁴² pelo filtro de atos internacionais, como o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), que prevê que os Estados devem promover a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.⁸⁴³

Outro ponto central da controvérsia, esbarra na forma de redação da Emenda Constitucional 96, que apresenta uma afirmação dificilmente sustentada pela lógica, “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”. A curiosa construção textual expressa o claro desejo de superar a posição da Corte Constitucional, alterando o sopesamento de valores sustentado pelo STF.⁸⁴⁴⁻⁸⁴⁵

Vale um último destaque para salientar que a decisão da Corte, quando apontou a inconstitucionalidade da lei que respaldava a vaquejada, não foi inesperada e contraditória. Na verdade, fez coro ao sistema de precedente que vinha sendo construído pelo Tribunal.⁸⁴⁶

⁸⁴⁰ A manifestação do AGU foi favorável a inconstitucionalidade da lei cearense e favorável a constitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>

⁸⁴¹ CHUERI, V; CASTILHO DE MACEDO, J. 2018. p. 144.

⁸⁴² CARVALHO RAMOS, André de. Curso de direitos humanos. 5 a ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 333.

⁸⁴³ “A EC 96/2017, além disso, segue caminho absolutamente inverso ao que se vê em sede de direito comparado. As alterações recentes, respectivamente, na legislação civilista francesa e portuguesa para atribuir status de “ser senciente” aos animais (e, portanto, superando o status jurídico de “coisa ou res” até então adotado), conforme tratamos com maiores em outro estudo, exemplificam bem esse cenário.” SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. Conjur.2020.

⁸⁴⁴ “O poder de reforma constitucional acabou por criar um conceito eminentemente normativo de crueldade, dizendo, ainda que com outras palavras, que uma prática que implica crueldade de fato (pela sua natureza e consequências em termos de sofrimento infligido aos animais) o deixa de ser por decreto normativo. Isso é inconcebível. Se determinada prática, por sua natureza e incidência no “mundo dos fatos”, implica sofrimento animal, por mais empenhado que o legislador esteja em afirmar o contrário por meio da legislação (constitucional ou infraconstitucional), ela é cruel e, portanto, vedada pela norma constitucional originária.” SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. Conjur. 2020.

⁸⁴⁵ A PGR, em seu parecer, sustenta que, não fosse, talvez, por sua disseminação, tradição e por certa indefinição jurídica – que se deve afastar com o tempo –, vaquejadas poderiam enquadrar-se na incriminação de abuso e maus-tratos contra animais, constante do tipo do art. 32, caput, da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.”).

⁸⁴⁶ “A proteção aos animais está no núcleo irreduzível dessa proteção normativa edificada em 1988, o que encontra perfeita sintonia com a jurisprudência do STF na matéria, inclusive no sentido de se atribuir valor intrínseco e dignidade aos animais não humanos (...).” SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. Conjur. 2020.

A “farra do boi”, evento comumente realizado no Estado de Santa Catarina, teve sua inconstitucionalidade reconhecida, pela Corte, em 1998.⁸⁴⁷ O STF declarou, também, a inconstitucionalidade de brigas ou rinhas de galo, nas ADIs 2.514/SC⁸⁴⁸ e 3.776/RN⁸⁴⁹ e reiterou, em 26.05.2011, sua posição ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei fluminense 2.895/98, que autorizava realização de competições entre aves combatentes^{850,851}.

As decisões de 1998, 2005, 2007 e 2011 demonstram uma construção de posicionamento do Supremo, ao longo do tempo.⁸⁵²⁻⁸⁵³ Apesar disso, a alteração da Constituição pelos legisladores; a apresentação das ADIs, que requerem a inconstitucionalidade da EC 96, o número de habilitados para atuar na condição de *amicus curiae*, nessas ações; a manifestação da PGR; da AGU, tudo isso endossa a complexidade da construção do sentido da constituição.

⁸⁴⁷ STF. Segunda Turma. Recurso extraordinário 153.531/SC. Rel. (com voto vencedor): Min. Francisco Rezek. Redator para acórdão: Min. Marco Aurélio. 3/6/1997, maioria. DJ, 13 mar. 1998.

⁸⁴⁸ “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 11.366/00 do estado de Santa Catarina. Ato normativo que autoriza e regulamenta a criação e a exposição de aves de raça e a realização de ‘brigas de galo’. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.” STF. Plenário. ADI 2.514/SC. Rel.: Min. Eros Grau. 29/6/2005, un. DJ, 9 dez. 2005.

⁸⁴⁹ “Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei no 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’.” STF. Plenário. ADI 3.776/RN. Rel.: Min. Cezar Peluso. 14/6/2007, un. DJe 47, 28 jun. 2007.

⁸⁵⁰ Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 26.05.2011. ADI nº 1856/RJ. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>

⁸⁵¹ Ainda podem ser citadas a ADI 350/SP (proibição da caça) e a ADI 5996/AM (vedação de uso de animais em testes de cosméticos).

⁸⁵² Na ADI 5.995, julgada em 27.05.2021, a Corte reconheceu a constitucionalidade da Lei Estadual nº 7.814/17, que proíbe a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

⁸⁵³ E vale destacar, ainda, dois debates posteriores a emenda em análise, cujas temáticas estão relacionadas. O primeiro foi o do RE 494601/RS, julgado em 28.03.2019, que colocou, mais uma vez, na arena, a questão da proteção dos animais. O foco aqui foi a possibilidade ou não de sacrifício de animais nos cultos de religiões de matriz africana e a conclusão da Corte foi a de que os animais não estariam expostos a tratamento cruel nesses rituais religiosos, logo o embate direto entre esses valores constitucional seria apenas aparente. 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”. No segundo caso, o conflito envolveu a questão do sacrifício de animais silvestres e domésticos em razão de maus tratos. Em 10.09.2021, na ADPF 640, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, foi discutida à interpretação que possibilitava o abate de animais apreendidos nessa situação. Por unanimidade, o Tribunal declarou a ilegitimidade dessa linha de ação, para firmar o entendimento de que estabelecer, como regra, o abate, viola o art. 225, §1º, VII, da CF/88, invertendo a lógica de proteção dos animais apreendidos em situação de maus tratos.

Esse movimento é interativo, abarca uma multiplicidade de participantes e firma o Parlamento em uma posição de poder, com estofa para confrontar um entendimento que vinha se consolidado, de forma sólida, no terreno judicial.⁸⁵⁴ Nesse cenário, cabe perguntar se essa seria ou não uma manifestação de diálogo institucional?⁸⁵⁵

Quando o parlamento decide desafiar a posição judicial dessa forma, oferecendo o que Kent Roach chama de “resposta na sua cara” (*“in your face reply”*), passa o recado claro de que a interpretação constitucional adotada pela Corte, estaria equivocada ou não seria compatível com o ponto de vista da maioria do povo.

Para Roach, uma conversa entre os Poderes que chega a esse nível (diálogo extraordinário), se aproxima mais de uma “batalha de gritos” (*“shouting match”*) do que de uma interação efetiva, capaz de construir.⁸⁵⁶

Apesar do argumento de que essa conjuntura, se caracteriza mais como uma sobreposição de monólogos (em que ninguém ouve ninguém), do que como um diálogo institucional genuíno,⁸⁵⁷ sustentamos o valor desse tipo de interação, ainda que não seja a ideal.⁸⁵⁸

A dinâmica provocada pela atuação judicial e pelo exercício do poder reformador (no caso da vaquejada e no cenário brasileiro, de forma geral), corrobora a visão de que os argumentos se tensionam na arena discursiva, levando Parlamento e Corte a considerarem as razões um do outro, embora não necessariamente cheguem a um concordo.⁸⁵⁹

A arquitetura constitucional tem papel relevante, permitindo que novas rodas procedimentais aconteçam e que os desacordos sejam reconhecidos como parte estrutural do regime, de modo a permitir a disputa pela interpretação constitucional.

⁸⁵⁴ BRANDÃO, R. 2022. p. 395.

⁸⁵⁵ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 222.

⁸⁵⁶ ROACH, K. 2001. p. 487

⁸⁵⁷ TREMBLAY, L. 2005. p. 634; 644-647.

⁸⁵⁸ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 98.

⁸⁵⁹ BRANDÃO, R. 2022. p. 379-380.

2.6. A atuação da Corte. Reação Judicial?

Ante a possibilidade da superação da decisão do Tribunal, pela via da emenda constitucional,⁸⁶⁰ é cabível recordar que entre as suas competências o STF ostenta a de declarar a inconstitucionalidade, inclusive de emendas constitucionais.⁸⁶¹⁻⁸⁶²

A primeira manifestação da Corte, acerca do controle abstrato de constitucionalidade de emendas, ocorreu na ADI 466⁸⁶³, em 1991. A PEC 1-B, ato impugnado, pretendia instituir a pena de morte, após a realização de um plebiscito. O argumento central era o de que a proposta desejava abolir o direito à vida, um dos direitos individuais, protegidos como clausula pétrea.⁸⁶⁴

O Supremo não conheceu da ADI em razão da impossibilidade de controle abstrato preventivo de proposições normativas. No entanto, os ministros declararam que, se promulgada a emenda com tal conteúdo, ela seria passível de controle judicial, considerando a existência de um núcleo especialmente protegido pelo Constituinte e que deveria ser preservado.⁸⁶⁵

Depois disso, muitas emendas tiveram sua constitucionalidade questionada junto ao STF. A EC 2/1992 foi a primeira a ser contestada, na ADI 829,⁸⁶⁶ em 1993. A ação questionava a antecipação da data de realização do plebiscito nacional, sobre forma e sistema de governo, de 7 de setembro de 1993 para 21 de abril do mesmo ano.⁸⁶⁷

⁸⁶⁰ HACHEM, D. W.; PETHECHUST, El. 2021. p. 213.

⁸⁶¹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 36, nº105, 2020. p. 2.

⁸⁶² BARROSO, L. R. 2019. Kindle. p. 568.

⁸⁶³ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>

⁸⁶⁴ OLIVEIRA, F. L.; ARGUELHES, D. W. 2020. p. 3.

⁸⁶⁵ “A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício 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. Às limitações materiais explícitas, definidas no §4o do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.” EMENTA, ADI 466, 03.abr.1991, Relator Min. Celso de Mello. Acesso em 30.01.2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>

⁸⁶⁶ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266553>

⁸⁶⁷ OLIVEIRA, F. L.; ARGUELHES, D. W. 2020. p. 3.

As ADI 830⁸⁶⁸ e ADI 833,⁸⁶⁹ ambos de 1993, tiveram como objeto a mesma emenda e, no julgamento dessas ações, o Tribunal reafirmou, unanimemente, sua competência para examinar, em controle concreto ou abstrato, a constitucionalidade de emendas à Constituição.

A primeira emenda a ter dispositivos, de fato, declarados inconstitucionais foi a EC 3/1993, que instituía o IPMF. A ADI 926/1993⁸⁷⁰ foi apresentada por um grupo de governadores (PR, SC, TO, MS e MT) e o Tribunal reconheceu, por unanimidade, a violação ao pacto federativo.⁸⁷¹⁻⁸⁷²

Uma vez reconhecida a competência do Tribunal para declarar a inconstitucionalidade de emendas à Constituição, considerando a perspectiva dos Diálogos Institucionais, vale a indagação:⁸⁷³ essa capacidade não deixa o STF no lugar de detentor da última palavra, com primazia sobre o Parlamento?⁸⁷⁴⁻⁸⁷⁵

Um primeiro ponto significativo é o referente à extensão dos efeitos vinculantes das decisões em controle concentrado, que, como já destacado, não atingem o Poder Legislativo, na sua função de elaborar normas. Ou seja, uma eventual emenda invalidada pelo STF, poderia ser novamente inserida na Constituição pelo Congresso. Não há obstáculo procedimental para tal movimentação do Parlamento.⁸⁷⁶

Ademais, como ressalta Rodrigo Brandão, o STF tem sido bastante cuidadoso ao reconhecer a invalidade de emendas constitucionais.⁸⁷⁷ E não é para menos, a prudência se justifica por estar a Corte diante de um ato normativo que, para ser aprovado, exige uma supermaioria do órgão representativo, em um procedimento com elevado grau de complexidade.⁸⁷⁸

Dessa forma, reconhecer a inconstitucionalidade de uma emenda é bem diferente de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei. No primeiro caso, os

⁸⁶⁸ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266554>

⁸⁶⁹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266556>

⁸⁷⁰ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346696>

⁸⁷¹ A ADI 939, como o mesmo objeto, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC) e foi julgada parcialmente procedente em dezembro de 1993. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>

⁸⁷² OLIVEIRA, F. L.; ARGUELHES, D. W. 2020. p. 3.

⁸⁷³ VIEIRA, O. V. 2008. p. 447.

⁸⁷⁴ BRANDÃO, R. 2022. p. 395.

⁸⁷⁵ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. 2013. p. 142.

⁸⁷⁶ BRANDÃO, R. 2022. p. 395.

⁸⁷⁷ BRANDÃO, R. 2022. p. 373.

⁸⁷⁸ “Embora não-raro eventual violação às cláusulas pétreas tenha sido levada ao STF, em nenhum desses relevantes cada a respectiva emenda superadora foi declarada inconstitucional.” BRANDÃO, R. 2022. p. 373.

limites institucionais da discricionariedade judicial têm um peso maior e não podem sair do radar.⁸⁷⁹

Como consequência dessa linha de argumentação, o que se percebe é uma tendência autorrestritiva do Supremo, ao avaliar emendas constitucionais. Segundo o próprio tribunal, sendo expressão do Poder Constituinte Derivado, o campo de avaliação da Corte é menor, devendo se ater aos aspectos formais estabelecidos pelo constituinte originário. A atuação da Corte deve ser cautelosa.⁸⁸⁰

Enfim, na avaliação da compatibilidade de uma emenda com o texto constitucional, o Tribunal deve garantir ao Poder Constituinte Derivado um largo campo de atividade, restringindo-se a assegurar o respeito aos limites que regulam a capacidade de emendar a Constituição e a proteger as pré-condições da democracia.⁸⁸¹

Observe-se que no caso da Emenda Constitucional 96/2017, não houve um ímpeto da Corte em defender sua posição de intérprete final da Constituição,⁸⁸²⁻⁸⁸³ declarando de pronto a inconstitucionalidade da Emenda que desafiou seu posicionamento. Ao contrário, as ADIS de 2017, que tem por objeto a Emenda Constitucional 96/2017, ainda aguardam julgamento.

Por último, vale observar que é pequena a probabilidade de uma disputa infinita em que o STF declara a inconstitucionalidade de uma emenda recorrentemente e o Congresso volta a aprová-la. Esse tipo de confronto geraria instabilidade e um desgaste enorme de parte a parte e, como vimos, a doutrina aponta para a tendência de acomodação de interesses e posições, sendo o conflito reservado a poucas situações estratégicas, que compensam o desgaste.⁸⁸⁴

2.7. Conclusão: diálogos ou monólogos no Brasil

Diante desse cenário, embora os Poderes mantenham interações por meio de ações-respostas-contrarrespostas, há sempre a dúvida acerca da existência efetiva

⁸⁷⁹ BRANDÃO, R. 2022. p. 416.

⁸⁸⁰ BRANDÃO, R. 2022. p. 395.

⁸⁸¹ BRANDÃO, R. 2022. p. 395.

⁸⁸² Rodrigo Brandão descreve duas situações em que o STF reagiu a emenda que desafiou seu entendimento, mas destaca que não pode, pelas circunstâncias dos casos concretos, ser a atuação do tribunal considerada ativista (ADI 939 e a ADI4.307). BRANDÃO, R. 2022. p. 396.

⁸⁸³ Mais um aspecto a ser considerado é o custo institucional de se declarar a inconstitucionalidade de um ato aprovado por uma supermaioria. Esse é um cálculo que, em geral, também compõe a decisão do STF. MELLO, P. P. C. 2017. P. 422-424.

⁸⁸⁴ BRANDÃO, R. 2022. p. 403.

de diálogo (em que as partes se influenciam mutuamente por meio de seus argumentos) ou se o que acontece é apenas a tentativa de se impor. Essa abordagem que evidencia uma relação em que argumentos e ações de um poder tem o condão de influenciar o outro serão exploradas no próximo capítulo.

Os exemplos citados nesse capítulo demonstram a capacidade de reação do Congresso Nacional às decisões da Corte, possibilitando localizar também na arena política, o debate de questões importantes de matriz constitucional. Mas essa não é a única forma de interação entre o Parlamento e a Corte, em alguns casos, a opção é a acomodação da decisão judicial pelo Congresso. O diálogo pode ser dar por múltiplas vias.

Não se pode esquecer que a estrutura dos Diálogos também comporta críticas como o custo temporal de se aguardar por uma nova rodada procedimental ou a necessidade de uma força política considerável para a aprovação de uma emenda constitucional superadora ou para a movimentação do aparato institucional de modo a deflagrar uma nova rodada procedimental.⁸⁸⁵ Nesse sentido, questões, dotadas de menor importância política, acabam tendo uma chance pequena de serem objeto de reações legislativa.⁸⁸⁶

De toda forma, a construção do sentido constitucional é um encadeamento de ações e reações, em que atos são praticados e revistos ao longo do tempo. Na realidade brasileira, a interação entre Legislativo e Judiciário é constante e variada. Nesse sentido, a dimensão da deliberativa interinstitucional deixa de ser uma questão lateral e passa a posição de destaque. Na construção do sentido constitucional, Congresso e STF convivem, ao menos em questões de alta voltagem política, se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações.⁸⁸⁷

Capítulo 3. Estudo de Caso: O orçamento secreto

Parlamento e Corte testam, constantemente, o espaço que podem ocupar, calculando a resposta dos outros poderes às suas escolhas, bem como aquilatando

⁸⁸⁵ BRANDÃO, R. 2022. p. 340.

⁸⁸⁶ BRANDÃO, R. 2022. p. 341.

⁸⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. P. 3. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em:08/08/2022

sua capacidade para reagir às escolhas dos outros poderes.⁸⁸⁸ Essa calibragem, no grau de interação e disputa⁸⁸⁹ entre o Congresso e o STF, pode ser vislumbrada, em diferentes nuances, nas discussões postas no caso do “orçamento secreto”.

Nesse trabalho, o caminho trilhado foi da teoria ao caso, ou seja, a inclinação pela temática conduziu à exploração do caso, no intuito de compreender como as interações institucionais entre o Legislativo e o Judiciário acontecem na realidade.

Desse modo, o foco do estudo de caso é entender como o Congresso responde, institucionalmente, às manifestações judiciais. Esse questionamento está ligado ao desenho institucional brasileiro, as competências que o arranjo oferece e as possibilidades de interlocução real entre essas agências.

A escolha do caso, que ficou conhecido como “esquema do orçamento secreto”, se justifica, pois embora seja recente, com chance de futuras rodadas procedimentais, que não se pode vislumbrar de momento, está inserido em um contexto em que a interação entre Legislativo e Judiciário é muito viva.

A questão orçamentária, no recorte desse caso, revela uma disputa pelo poder de mobilizar parte do orçamento, um conflito entre o Legislativo e o Executivo, típico de um presidencialismo de coalizão.⁸⁹⁰ Essa disputa foi levada ao Judiciário, que acaba atuando como árbitro, e delimitando a configuração das capacidades institucionais dos demais poderes e suas próprias,⁸⁹¹ contudo não sem disputas e reações, como se destacará.⁸⁹²

O ministro Gilmar Mendes verbaliza essa leitura ao identificar que o cerne da controvérsia do chamado ‘orçamento secreto’ “relaciona-se com a necessidade de

⁸⁸⁸ MENDES, C. H. 2008. p. 182.

⁸⁸⁹ MENDES, C. H. 2008. p. 182.

⁸⁹⁰ Presidencialismo de Coalizão: conceito que propõe uma leitura do sistema político da democracia brasileira baseada no estabelecimento de alianças partidárias (coalizões). Essa sistemática seria um efeito do sistema eleitoral proporcional e multipartidário, no qual o partido do Presidente não é o partido majoritário que sozinho assegura a governabilidade. Um dos elementos que caracterizam a coalizão é a distribuição de pastas ministeriais entre os partidos da coalizão em troca de apoio na Câmara e no Senado Federal. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados – Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5-34. Rio de Janeiro: Iesp/Uerj, 1988.

⁸⁹¹ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Dados, v. 50, n. 2, 2007. p. 234.

⁸⁹² Relembrando a visão de Post e Siegel, já exposta nesse trabalho, a Corte tem papel importante para garantir as condições do debate e sua atuação confere estabilidade e segurança judicial, garantindo resposta aos conflitos e divergências. Ao atuar, no entanto, o Tribunal não encerra a questão posta, se junta ao debate e, em decorrência disso, é possível termos as interpretações judiciais e não-judiciais se tensionando na elaboração do sentido da Constituição. POST, R. SIEGEL, R. 2007, p. 375.

delimitação dos papéis desempenhados pelos Poderes Legislativo e Executivo na confecção e execução do orçamento público.⁸⁹³

Este capítulo passa por uma breve abordagem das noções gerais da estrutura constitucional orçamentária, do caso do “orçamento secreto” e dos processos judiciais nele envolvidos. Por fim, a ideia é avaliar, dentro desse episódio emblemático, como Legislativo e Judiciário atuaram e como se deu a interação entre esses atores que colaboram na construção do sentido constitucional.

3.1. O ciclo orçamentário

Na estruturação do orçamento da União, o Poder Legislativo, além da apreciação e da aprovação das leis orçamentárias, atua no controle e na fiscalização das várias etapas do ciclo orçamentário.⁸⁹⁴⁻⁸⁹⁵⁻⁸⁹⁶ A Constituição Federal de 1988 conferiu alguns poderes ao Congresso Nacional para atuar, com autonomia e independência, na elaboração do orçamento e no controle de sua execução.⁸⁹⁷⁻⁸⁹⁸

A concretização do orçamento público anual ocorre por meio de etapas sucessivas, classificadas como (a) fase de elaboração; (c) fase de autorização; (d) fase de execução; e (d) fase de controle.⁸⁹⁹

⁸⁹³ Julgado “Orçamento secreto”: uso de emendas do relator para inclusão de novas despesas no projeto de lei orçamentária anual da União. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3. Decisão pendente de publicação e sem inteiro teor disponível. Alerto para o fato de que os votos aqui usados, gentilmente cedidos pela coordenadoria de pesquisa de jurisprudência do STF, ainda estão em fase de redação final.

⁸⁹⁴ Com competência para julgar as contas anuais do Presidente da República, ao Congresso incumbe também a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade (CF, art. 70).

⁸⁹⁵ A função de controle parlamentar abrange as atividades do Poder Executivo (CF, art. 49, X) e a execução dos planos de governo (CF, art. 49, IX). Essa fiscalização, normalmente, é realizada pela Comissão Mista do Orçamento e pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC).

⁸⁹⁶ Nessa função de fiscalização, o Congresso Nacional conta, ainda, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71), a quem incumbe elaborar relatórios sobre as atividades orçamentárias, especialmente em relação aos valores destinados para programas de trabalho; montantes recebidos; desempenho de fundos; estimativas de gastos e custos; previsões de arrecadação de tributos; e limites aplicáveis (Lei 8.443/1992, art. 90).

⁸⁹⁷ ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 312.

⁸⁹⁸ Para Scaff essa configuração constitucional ainda deixou o Legislativo em uma posição muito tímida e pouco influente. SCAFF, Fernando Facury. **Surge o Orçamento Impositivo à Brasileira pela Emenda Constitucional 86**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>. Em um sentido diferente, Adilson Abreu Dallari argumenta que “a Constituição Federal promulgada em 1988 democratizou o processo legislativo do orçamento, conferindo posição sobranceira ao Poder Legislativo.” DALARRI, Adilson Abreu. Lei orçamentária – Processo legislativo: peculiaridades e decorrências. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, p.157-162, jan-mar 1996. p. 158. Nesse sentido também SANCHES, Osvaldo Maldonado. A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, p. 59-77, jul./set. Brasília: Senado Federal, 1996. p. 60.

⁸⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

A fase de elaboração inicia-se no âmbito do Poder Executivo.⁹⁰⁰ Cada unidade orçamentária (órgão ou entidade da Administração Pública federal) elabora as respectivas estimativas de receitas e despesas para o ano seguinte e encaminha ao Ministério da Economia.⁹⁰¹

O Ministério da Economia, na condição de órgão central, reúne as propostas parciais, realiza compatibilizações (cortes e correções) e promove a integração com o plano plurianual e as metas e diretrizes orçamentárias, observando as orientações superiores do Presidente da República.⁹⁰²

Logo após, os órgãos dotados de autonomia orçamentária submetem suas propostas ao Executivo, para consolidação da proposta orçamentária anual e, por fim, o projeto unificado é remetido ao Congresso Nacional.⁹⁰³

A fase de autorização inicia-se na Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, que tem a função de examinar e emitir parecer sobre os projetos de leis orçamentárias.⁹⁰⁴⁻⁹⁰⁵ No âmbito da Comissão Mista de Orçamentos (CMO), será eleito o Relator-Geral do orçamento, a quem incumbe definir os parâmetros e critérios para anulação de despesas; modificação da programação orçamentária; propositura de emendas; e elaboração do relatório final.⁹⁰⁶

O Legislativo pode, não apenas aprovar ou rejeitar a proposta do Executivo, mas também modificá-la, por meio das emendas parlamentares.⁹⁰⁷ As emendas parlamentares (ou orçamentárias) possuem autorização constitucional⁹⁰⁸ e objetivam viabilizar a participação ativa dos Deputados Federais e Senadores na elaboração da

⁹⁰⁰ “Art. 84, XXIII, CF - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;”

⁹⁰¹ TORRES, R. 2000.

⁹⁰² TORRES, R. 2000.

⁹⁰³ “Art. 35, § 2º, III, ADCT - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.”

⁹⁰⁴ Art. 166, CF. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I - Examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II - Examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

⁹⁰⁵ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. 2017. p. 1.503.

⁹⁰⁶ Resolução nº 1/2006-CN, art. 51. O Relator-Geral apresentará Relatório Preliminar que, aprovado pelo Plenário da CMO, estabelecerá os parâmetros e critérios que deverão ser obedecidos na apresentação de emendas e na elaboração do relatório do projeto pelo Relator-Geral e pelos Relatores Setoriais.

⁹⁰⁷ TORRES, R. 2000.

⁹⁰⁸ Art. 166, CF. § 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

peça orçamentária, por serem, em princípio, mais permeáveis as demandas imediatas da população que representam.⁹⁰⁹

O Regimento Comum do Congresso Nacional prevê quatro modalidades de emendas parlamentares,⁹¹⁰ classificadas conforme a sua autoria: emendas de comissão (autoria das comissões permanentes),⁹¹¹ emendas de bancada estadual (autoria das bancadas estaduais no Congresso),⁹¹² emendas individuais (autoria dos Congressistas em exercício)⁹¹³ e emendas de relator (autoria do relator-geral do projeto de lei orçamentária anual).⁹¹⁴

As emendas individuais destinam-se, essencialmente, ao atendimento dos interesses populares mais concretos verificados no plano local ou municipal⁹¹⁵ e, como sugere o nome, são de autoria de um senador ou um deputado específico.⁹¹⁶

Já as emendas das bancadas estaduais visam à realização de obras e projetos estruturantes de importância estadual ou distrital⁹¹⁷ e são de autoria das bancadas estaduais ou regionais.^{918,919}

Por outro lado, as emendas de comissões, que acolhem demandas de amplitude nacional e de interesse institucional,⁹²⁰ são, também coletivas, apresentadas pelas comissões técnicas da Câmara e do Senado, bem pelas Mesas Diretoras das duas Casas.⁹²¹

Finalmente, as emendas do relator. Embora já tenha passado por várias configurações,⁹²² ora com mais poderes, ora com atribuições mais restritas, em -geral, têm o propósito de conferir ao relator-geral do projeto de lei orçamentária os poderes

⁹⁰⁹ ABRAHAM, M. 2018. p. 321-327.

⁹¹⁰ Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/documents/59501/97171143/RCCN.pdf/933b504d-a653-4df5-9329-d4f38c42f64f>

⁹¹¹ Art. 43 a 45 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

⁹¹² Art. 46 a 48 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

⁹¹³ Art. 49 a 50 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

⁹¹⁴ Art. 145 a 146 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

⁹¹⁵ ABRAHAM, M. 2018.

⁹¹⁶ <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emendas-ao-orcamento>

⁹¹⁷ ABRAHAM, M. 2018. p. 321-327.

⁹¹⁸ <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emendas-ao-orcamento>

⁹¹⁹ O art. 166, §§ 11 e 12, da CF fixava em 1,2% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior o limite das emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, sendo metade desse percentual destinada a ações e serviços públicos de saúde (art. 166, § 9º, da CF), e em 1% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior o limite das emendas de iniciativa das bancadas estaduais e do Distrito Federal.

⁹²⁰ ABRAHAM, M. 2018. p. 321-327.

⁹²¹ <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emendas-ao-orcamento>

⁹²² TORRES, R. 2000.

necessários à organização do conjunto de modificações introduzidas na proposta orçamentária do Executivo.⁹²³

Seu intuito seria, também, a correção de erros e omissões de ordem técnica ou legal e a organização sistemática das despesas, conforme suas finalidades, não contemplando a inclusão de novas despesas ou programações na peça orçamentária.^{924_925}

Concluída a tramitação na CMO, o relatório final será enviado ao Plenário do Congresso Nacional, para discussão e votação. Aprovado o projeto de lei orçamentária anual, encaminha-se o autógrafo ao Presidente da República para sanção e publicação.⁹²⁶

Na fase de execução, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso, observando-se em relação às despesas o procedimento de empenho, liquidação e pagamento.^{927_928}

A fase de controle ocorre concomitantemente à execução orçamentária (controle interno) ou a posteriori (controle externo)⁹²⁹ e conta com a participação Tribunal de Contas da União⁹³⁰ (órgão auxiliar do Poder Legislativo da União),⁹³¹

⁹²³ “Quanto às emendas de relator, essa modalidade era apenas admitida sob certas condições, quais sejam, para atender a necessidade de organização e sistematização da peça orçamentária, o que incluía a correção de erros e omissões. Também eram eventualmente admitidos casos específicos de acréscimos de recursos de abrangência nacional que independiam de indicação política do beneficiário durante a execução, devidamente autorizados no parecer preliminar, a exemplo da correção do salário-mínimo/previdência, despesas com pessoal, piso da saúde - MAC, etc.” Nota Técnica 1, de 2023, emitida pelo Congresso Nacional, cujo título é “Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”. p. 4. Acesso em 10.04.2023. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias#2022>

⁹²⁴ CONTI, José Maurício. O ‘orçamento secreto’. Jota, 27.05.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/orcamento-secreto-federal-27052021>

⁹²⁵ ABRAHAM, M. 2018. p. 321-327 e 348-350.

⁹²⁶ TORRES, R. 2000.

⁹²⁷ TORRES, R. 2000.

⁹²⁸ “As programações aprovadas na LOA representam a síntese do processo de conciliação de pedidos e demandas na fase da elaboração (Legislativo). Na maior parte das vezes tem como resultado a inserção na LOA de programações discricionárias genéricas com localizador amplo (nacional, estadual), o que faz com que a definição dos beneficiários finais (município ou entidade específica) seja feita apenas durante a execução da lei orçamentária, o que depende do Executivo.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 12.

⁹²⁹ MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. 2017. p. 1.526.

⁹³⁰ “Art. 71, CF. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

⁹³¹ “Art. 70, CF. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

sendo que o julgamento das contas do Presidente da República é de responsabilidade do Congresso Nacional.⁹³²

3.2. A ampliação da participação parlamentar no orçamento

Além da já apresentada atuação do Legislativo no ciclo orçamentário, Scaff chama a atenção para a sistemática do “orçamento impositivo à brasileira”,⁹³³ que adquiriu assento constitucional a partir da promulgação da EC nº 86, de 2015.⁹³⁴⁻⁹³⁵

A referida emenda à constituição tornou impositivo o atendimento das emendas parlamentares individuais,⁹³⁶ ou seja, vedou, ao Executivo, o contingenciamento dos valores a elas referentes, até o valor correspondente a 1,2% da receita corrente líquida (RCL).⁹³⁷⁻⁹³⁸ Assim, os valores vinculados a essas emendas adquiram status de direito constitucional dos parlamentares e deixaram de ser objeto de acordos realizados ano a ano,⁹³⁹ no momento da elaboração da lei de diretrizes orçamentárias.⁹⁴⁰

⁹³² “Art. 71, CF. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;”

⁹³³ SCAFF, F. Conjur. 2015.

⁹³⁴ Art. 166, § 9º, CF, com a redação dada pela EC 86/2015. “As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.”

⁹³⁵ A Emenda Constitucional 86/2015 foi objeto de controle de Constitucionalidade, ADI 5595, proposta em 23.09.2016 e julgada improcedente em 18.10.2022. O feito não discutiu a questão da impositividade de parcela do orçamento. Inteiro teor da decisão disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356877341&ext=.pdf>

⁹³⁶ “O Congresso aprovou a Emenda Constitucional 86, que criou a curiosa figura do Orçamento impositivo à brasileira, pois ao invés de aprovar uma norma que realmente obrigasse o Poder Executivo a cumprir as leis orçamentárias, foi aprovada uma emenda constitucional que obriga o Poder executivo a cumprir as emendas parlamentares, que se caracterizam como uma pequena parte do orçamento, e vinculada a interesses eleitorais dos próprios parlamentares.” SCAFF, F. Conjur. 2015.

⁹³⁷ “Trata-se, portanto, de uma Emenda Constitucional que vincula recursos do orçamento da União para os gastos que vierem a ser estabelecidos pelos parlamentares para atendimento de suas bases eleitorais. Observe-se que todo o restante do orçamento permanece ao sabor dos controles do Poder Executivo, que poderá contingenciá-lo da maneira que melhor lhe aprouver, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.” SCAFF, F. Conjur. 2015.

⁹³⁸ A Emenda Constitucional 126/2022 alterou essa disposição constitucional e passou a estabelecer que as emendas individuais de parlamentares ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 2% da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto, sendo que a metade destinada a ações e serviços públicos de saúde.

⁹³⁹ MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. 2017. p. 1.505.

⁹⁴⁰ “De toda forma, mesmo estas tímidas normas aprovadas já tem o poder de causar muitas modificações nas relações político-partidárias existentes, pois a liberação de emendas parlamentares deixará de ser uma espécie de moeda de troca nas relações entre o Congresso e o Planalto. Nem falo apenas do atual governo, mas de todos os governos do período democrático, em todos os níveis federativos, durante os quais se usou a liberação de emendas parlamentares para aprovar as matérias de interesse do Executivo junto ao Legislativo. Se o deputado votasse de acordo com o Planalto, as emendas seriam liberadas (mesmo que a conta-gotas); se votasse contra, não haveria liberação de recursos.” SCAFF, F. Conjur. 2015.

Em seguida, a EC nº 100, de 2019⁹⁴¹⁻⁹⁴² conferiu nota da obrigatoriedade também às emendas de bancadas estaduais, franqueando aos congressistas mais uma parcela do orçamento, correspondente a 1% da receita corrente líquida (RCL).⁹⁴³

Na sequência, a EC nº 105, de 2019⁹⁴⁴ promoveu a desvinculação das emendas individuais, permitindo a transferência direta de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios,⁹⁴⁵ que passaram a ter liberdade para aplicar as verbas livremente em ações e programas locais.⁹⁴⁶

Num contexto em que várias das modalidades de emendas parlamentares adquiriram caráter compulsório, um novo espaço institucional de negociação político-orçamentária ganhou força.⁹⁴⁷ Restaurou-se, em sua integralidade, uma prática que concentrava amplos poderes nas mãos do relator-geral do orçamento.⁹⁴⁸

A capacidade vasta de emendar as leis orçamentárias, manuseada pelo relator-geral, por meio das emendas de relator, estiveram no cerne dos escândalos de

⁹⁴¹ Art. 166, § 12, CF, com a redação dada pela EC 100/2019. “A garantia de execução de que trata o § 11 deste artigo aplica-se também às programações incluídas por todas as emendas de iniciativa de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal, no montante de até 1% (um por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior.”

⁹⁴² Não foi proposta ação de controle concentrado envolvendo a Emenda Constitucional 100/2019. Com relação ao assunto, o STF declarou a inconstitucionalidade de orçamentos impositivos estaduais por serem anteriores as emendas 86/2015 e 100/2019 ou por apresentarem parcelas orçamentárias impositivas em patamares diferentes dos referenciados nestas emendas à Constituição Federal. Algumas dessas decisões estão disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5848538>
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107829>
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4738471>

⁹⁴³ ABRAHAM, M. 2018. p. 336-347.

⁹⁴⁴ Art. 166-A, CF, com redação dada pela EC 105/2019. “As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de: I - transferência especial; ou II - transferência com finalidade definida.

§ 2º Na transferência especial a que se refere o inciso I do caput deste artigo, os recursos:

I - serão repassados diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere;

II - pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira; e

III - serão aplicadas em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado, observado o disposto no § 5º deste artigo.

⁹⁴⁵ SANTOS, Lenir. MORETTI, Bruno. Emendas parlamentares: para onde caminha o orçamento público? *Conjur*, 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/opiniao-emendas-parlamentares-onde-orcamento-publico>. Acesso em: 31 jan.2022.

⁹⁴⁶ MENDES, Marcos. **Emendas Parlamentares e Controle do Orçamento pelo Legislativo: uma comparação do Brasil com países da OCDE**. 2023. p.2.

⁹⁴⁷ MENDES, M. 2023. p.2.

⁹⁴⁸ CONTI, J. Jota. 2021.

corrupção investigados no âmbito das CPMI do Esquema PC Farias⁹⁴⁹, dos Anões do Orçamento⁹⁵⁰ e da Máfia das Sanguessugas.⁹⁵¹

⁹⁴⁹ Esquema PC Farias: Em maio de 1992, reportagens do Jornal do Brasil e da revista Veja revelaram a existência de um “ministério paralelo” no Governo Federal, através do qual ocorreria o favorecimento de empresários (empreiteiras de construção) em obras públicas como retribuição pelas quantias doadas durante o financiamento da campanha às eleições presidenciais. As denúncias ensejaram a instauração da CPMI do Esquema PC Farias e as investigações legislativas apontaram alguns fatores que possibilitam esse tipo de desvio. Além das falhas na legislação eleitoral, relacionadas ao financiamento de campanhas, mereceram especial destaque as vulnerabilidades dos órgãos orçamentários à ingerência de interesses privados, empresariais, corporativos, regionais e setoriais de toda espécie, devido ao volume de recursos ali mobilizados. A atuação do Relator-Geral do orçamento surgiu como elemento central, em razão dos poderes extensos nele concentrados e da falta de critérios que pautassem sua atuação, facilitando a prática de liberalidades. O ocupante do cargo de Relator-Geral do orçamento tinha poderes suficientes para, só por si, aumentar as despesas orçamentárias, direcionar recursos e favorecer aliados. Para enfrentar os problemas identificados, o relatório final da CPMI sugeriu algumas alterações legislativas. Entre as principais recomendações, quanto ao processo orçamentário, estava conferir aos cidadãos condições de participação ativa no planejamento e na programação das despesas e a estipulação de critérios claros a serem observados no planejamento e na programação das despesas, por meio de algumas medidas como a redução dos poderes Relator-Geral do orçamento. As providências propostas objetivavam desarticular a captura do orçamento público federal por grupos de interesses privados, cuja atuação criminosa teve o apoio de membros da própria Comissão Mista de Deputados e Senadores (CMO). ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 29-34.

⁹⁵⁰ Escândalo dos anões do orçamento: Em 20 de outubro de 1993, a Revista Veja publicava a matéria de capa intitulada “Os Podres do Congresso”, na qual revelava o maior escândalo de corrupção, até então conhecido, envolvendo o orçamento público da União. A CPMI do orçamento, realizada entre 1993 e 1994, investigou as denúncias que apontavam a participação de Deputados, Senadores, Ministros e Governadores de Estado em uma fraude, que se tornou conhecida como o “Escândalo dos Anões do Orçamento” (assim denominados por não integrarem o chamado “alto clero” parlamentar). Consta do relatório final da CPMI que o esquema envolvia desvio de verbas públicas para empreiteiras (“esquema das empreiteiras”) e entidades filantrópicas fantasmas (“esquema das subvenções sociais”) e teria se originado na atuação dos integrantes da própria comissão de orçamento que, valendo-se de emendas individuais e das manobras do Relator-Geral do orçamento, alocavam os recursos federais em favor dos seus interesses. Nas conclusões da CPMI, apontou-se a necessidade de clareza e transparência no processo orçamentário. As recomendações finais, quanto ao processo orçamentário federal, exortavam a necessidade de ampla participação de todos os congressistas e do crescente engajamento dos setores da sociedade interessados no processo orçamentário. Destacou, também, a necessidade de reformas institucionais para restringir os poderes do Relator-Geral do orçamento. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 34-38.

⁹⁵¹ Máfia das Sanguessugas: Em maio de 2006, o “escândalo das ambulâncias” reativou o debate sobre as deficiências e vulnerabilidades do processo orçamentário da União, ao revelar o esquema descoberto pela Polícia Federal na chamada operação “sanguessuga”. A CPMI das Ambulâncias foi instalada a partir da denominada Operação Sanguessuga, deflagrada pela Polícia Federal, para desarticular um esquema de fraudes em licitações na área de saúde. De acordo com a PF, a quadrilha negociava com assessores de parlamentares a liberação de emendas individuais ao Orçamento da União para que fossem destinadas a municípios específicos. Com recursos garantidos, o grupo - que também tinha um integrante ocupando cargo no Ministério da Saúde - manipulava as licitações, valendo-se de empresas de fachada. Dessa maneira, os preços da licitação eram superfaturados, chegando a ser até 120% superiores aos valores de mercado e o ‘lucro’ era distribuído entre os participantes do esquema. Em mais de um mandato presidencial, o esquema envolveu quase 600 prefeituras e inúmeras entidades privadas e recebeu quase R\$ 80 milhões de dotações orçamentárias da Saúde. As emendas parlamentares eram utilizadas para garantir o fluxo contínuo de recursos orçamentários da União aos entes periféricos. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 39-42.

Até o exercício financeiro de 2019, as despesas oriundas de emendas do relator não possuíam indicador de classificação orçamentária próprio.^{952- 953} Assim, as despesas incluídas no projeto de lei orçamentária por esse instrumento, passavam a integrar o orçamento, sem que houvesse qualquer elemento individualizador capaz de distinguir essa específica modalidade de despesa das demais categorias de programação.⁹⁵⁴

Somente no exercício financeiro de 2020, a lei orçamentária anual passou a ter um identificador de despesa próprio para as emendas do relator, em conformidade com o disposto na Lei nº 13.898, de 2019 (LDO 2020).⁹⁵⁵ A LDO de 2020, inovando quanto a esse aspecto, instituiu o código de classificação-orçamentária RP 9, por meio do qual são especificadas as dotações pertinentes às emendas de relator.⁹⁵⁶

A partir da inserção do classificador RP 9 na lei orçamentária, tornou-se possível ao Tribunal de Contas da União analisar os dados pertinentes à execução orçamentária das referidas emendas.⁹⁵⁷

3.3. O esquema do “orçamento secreto”

A polêmica vinculada ao manejo do orçamento, denominada de “esquema do orçamento secreto”, veio a público por meio de uma série de reportagens do jornal ‘O

⁹⁵² Embora as emendas do relator-geral fossem historicamente editadas pelo Congresso Nacional, foi somente com a referida LDO 2020 que se passaram a utilizar identificadores e filtros na peça orçamentária que pudessem identificar as despesas decorrentes dessas emendas: “até o orçamento para 2019, as emendas de relator-geral, assim como as de comissão permanente, permaneceram sendo apresentadas e aprovadas com os mesmos indicadores de resultado primário usados pelo Poder Executivo no encaminhamento dos projetos de lei orçamentária anuais, ou seja, RP2 e RP3”. (Nota Técnica 151/2022, a cargo da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 13.

⁹⁵³ CONTI, J. M. 27.05.2021.

⁹⁵⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NETO, Almir Megali. **Orçamento secreto do Congresso em julgamento no Supremo Tribunal Federal**. Conjur, 6.12.2022. p. 1-5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-06/megali-cattoni-orcamento-secreto-stf>

⁹⁵⁵ Lei nº 13.898/2019, Art. 6º, § 4º. O identificador de Resultado Primário - RP auxilia a apuração do resultado primário previsto no art. 2º, o qual deve constar do Projeto de Lei Orçamentária de 2020 e da respectiva Lei em todos os GNDs, e identificar, de acordo com a metodologia de cálculo das necessidades de financiamento, cujo demonstrativo constará anexo à Lei Orçamentária de 2020, nos termos do disposto no inciso IX do Anexo I, se a despesa é: c) discricionária decorrente de programações incluídas ou acrescidas por emendas: (...) 6. de relator-geral do projeto de lei orçamentária anual que promovam alterações em programações constantes do projeto de lei orçamentária ou inclusão de novas, excluídas as de ordem técnica (RP 9);

⁹⁵⁶ FARIA, Rodrigo Oliveira de. **As Emendas de Relator-geral do PLOA nas Normas Regimentais do Congresso Nacional: Gênese, Configuração e Evolução Histórica**. Brasília, 2022. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). XI Prêmio SOF de Monografias. p. 17. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6928>

⁹⁵⁷ julgamento do TC 014.922/2021-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.6.2021

Estado de São Paulo'.⁹⁵⁸ A reportagem, veiculada em 08.05.2021, apontava a existência de um esquema de barganha política entre o Executivo e sua base parlamentar, envolvendo a liberação de emendas orçamentárias em troca de apoio no Congresso Nacional.⁹⁵⁹

O esquema do “orçamento secreto” possuiria o seguinte contorno: “O presidente da República, em atuação conjunta com o relator-geral do orçamento federal, teria um instrumento político-institucional que permitiria cooptar apoio político de parlamentares no Congresso.”⁹⁶⁰

Por meio das emendas de relator, que não são impositivas e têm liberação negociada com o Executivo, “cada parlamentar que apoiasse à base governista no Legislativo receberia uma fração das despesas alocadas no orçamento” (na rubrica RP 9), podendo destiná-las a suas bases eleitorais, bastando, para tanto, apenas indicar as entidades públicas ou os órgãos beneficiários.⁹⁶¹

Tanto a identificação dos parlamentares que procedem ao requerimento de destinação das verbas, quanto os destinatários beneficiados pelos valores seriam dificilmente rastreáveis.⁹⁶²

No plano contábil, o “orçamento secreto”, seria a reserva de uma parcela do orçamento público da União para um tipo específico de emenda parlamentar: as emendas do Relator-Geral do orçamento.

Após a Constituição de 1988, a primeira referência legislativa ao relator-geral do orçamento aparece na Resolução nº 1, de 1991, do Congresso Nacional⁹⁶³ que,

⁹⁵⁸ PIRES, Breno, SHALDERS, André e AFFONSO, Julia. Orçamento secreto bilionário de publicada em 08.5.2021. Disponível em <https://www.estadao.com.br/tudo-sobre/orcamento-secreto/>

⁹⁵⁹ Por meio de entrevistas, ofícios e outros documentos obtidos pelo jornal Estadão, evidenciou-se que R\$ 3 (três) bilhões, pelo menos, foram alocados no orçamento por meio de emendas de relator, para serem distribuídos aos congressistas componentes da base de apoio do Governo.

⁹⁶⁰ OLIVEIRA, M. C; NETO, A. M. 2022. p. 2.

⁹⁶¹ OLIVEIRA, M. C; NETO, A. M. 2022. p. 2.

⁹⁶² CONTI, J. M. 27.05.2021.

⁹⁶³ Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/1991/resolucao-1-17-maio-1991-536680-publicacaooriginal-27673-pl.html>

em termos bastantes incipientes, traçou linhas vagas e genéricas para as atribuições do relator-geral.^{964_965}

A ausência de limites e regulamentação⁹⁶⁶ levou à um desvirtuamento do uso da emenda do relator-geral do orçamento,⁹⁶⁷ que foi parte importante do escândalo dos “anões do orçamento”,⁹⁶⁸ conforme investigado e descrito pela CPI do Orçamento.^{969_970}

Dede então, as resoluções do Congresso⁹⁷¹ buscaram delimitar, de forma mais específica, os poderes e os contornos da atividade do relator-geral do orçamento,⁹⁷² restringindo, ao menos normativamente,⁹⁷³ essas emendas à função de sistematizar

⁹⁶⁴ “Art. 10, § 1º No caso de designação de relatores-parciais para apresentação de seus relatórios à subcomissão específica, serão indicados, também, relatores-setoriais que consolidarão os relatórios parciais, na forma do § 3º do art. 21 desta resolução, cabendo ao relator-geral do Projeto de Lei Orçamentária Anual adequar os pareceres setoriais aprovados em cada Subcomissão, vedada qualquer modificação de parecer setorial, ressalvadas as alterações por ele propostas e aprovadas pelo Plenário da comissão, bem como as decorrentes de destaques aprovados pela comissão.

§ 2º Caso não haja constituição de subcomissões caberá ao relator-Geral da Lei Orçamentária Anual adequar os pareceres parciais aprovados, vedada qualquer modificação, ressalvadas as alterações por ele propostas e aprovadas pelo plenário da comissão.” Resolução nº 1, de 1991, do Congresso Nacional.

⁹⁶⁵ FARIA, R. O. 2022. p. 18.

⁹⁶⁶ FARIA, R. O. 2022. p. 18.

⁹⁶⁷ Nos dizeres de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, “a tramitação da peça orçamentária carecia de parâmetros mínimos” que pudessem balizar a participação dos congressistas e o papel do relator-geral.” FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 18.

⁹⁶⁸ “A multiplicidade de atos que envolvem elevado grau de discricionariedade dos atores envolvidos, lacunas na legislação, somadas à ineficiência e descumprimento das normas existentes, sempre foram um campo aberto para práticas de corrupção. Desde que o assunto se tornou amplamente conhecido, no início da década de 1990, com a “CPI dos anões do orçamento”, o ordenamento jurídico vem sendo continuamente modificado.” CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o ‘orçamento secreto’, a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

⁹⁶⁹ FARIA, R. O. 2022. p. 20-21.

⁹⁷⁰ Uma das recomendações finais do relatório da CPI do Orçamento foi a limitação do poder de emendar a lei orçamentária, permitindo-se unicamente emendas de autoria de Comissão, Bancada e Partido Político, bem como o fortalecimento dos mecanismos de controle externo pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas da União – TCU, entre outras. FIGUEIREDO, A. C. LIMONGI, F. 2008. p. 18.

⁹⁷¹ “[...] a Resolução nº 2, de 1995, foi uma consequência direta do escândalo dos ‘anões’ do orçamento. As investigações realizadas e as conclusões do relatório apresentado pela CPI deram origem a mudanças institucionais importantes no processo de apreciação do orçamento pelo Legislativo.” FIGUEIREDO, A. C. LIMONGI, F. 2008. p. 18.

⁹⁷² FIGUEIREDO, A. C. LIMONGI, F. 2008. p. 55.

⁹⁷³ Osvaldo Maldonado Sanches pondera que a prática parlamentar pode não ter sido tão afetada quanto se esperava pela regulamentação imposta via Resolução. “Em 1997, não obstante as restrições regimentais e limitações criadas pelo funcionamento dos “Comitês de Apoio à Relatoria-Geral” (LOA de 1998), foram apresentadas cerca de 200 emendas de Relator-Geral, das quais pelo menos 25% relativas à criação de novos subprojetos e subatividades (que haviam sido vedados). Não obstante uma parte apreciável destas tenha sido objeto de cancelamentos ou modificações, por deliberação do Plenário da Comissão Mista, parte delas subsistiu, em evidente conflito com a Resolução nº 2/95-CN.” SANCHES, Osvaldo Maldonado. A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 138, p. 5-23, abr./jun. 1998. p. 10.

a peça orçamentária e de corrigir falhas de ordem técnica e omissões decorrentes da anulação de despesas.⁹⁷⁴

Apesar da ausência de alterações significativas na Resolução⁹⁷⁵ em vigor desde 2006, no que tange às questões vinculadas às emendas de relator,⁹⁷⁶ registrou-se ampliação bastante significativa nas autorizações concedidas ao Relator-Geral, no Parecer Preliminar do PLOA de 2020.⁹⁷⁷⁻⁹⁷⁸ Além disso, foram substancialmente ampliados os valores destinados às emendas do relator (classificadas sob o indicador orçamentário RP 9).⁹⁷⁹

Nesse contexto, a figura do relator-geral do orçamento emerge, uma vez mais, como pivô das articulações entre o Executivo e o Parlamento.⁹⁸⁰⁻⁹⁸¹ O Congresso Nacional, ao que parece, vem trabalhando com dois regimes diferentes de execução das emendas parlamentares: o regime regrado próprio às emendas individuais e de

⁹⁷⁴ Após as CPMIs do Esquema PC e do Orçamento o Congresso Nacional editou normas destinadas a limitar os poderes do Relator-Geral do orçamento, reduzindo suas atribuições apenas à tarefa de sistematizar o conjunto de emendas orçamentárias ao projeto de LOA e à função de corrigir falhas de ordem técnica e omissões decorrentes da anulação de despesas. ADPF 850/DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 58.

⁹⁷⁵ Resolução 1, de 2006, do Congresso Nacional.

⁹⁷⁶ FARIA, R. O. 2022. p. 54-55.

⁹⁷⁷ “O Parecer Preliminar é o documento que consolida as regras centrais, as restrições, condições, autorizações e demais regramentos concernentes a confecção da peça orçamentária.” FARIA, R. O. 2022. p. 38.

⁹⁷⁸ Faria registra em sua pesquisa que podem ser verificadas ampliações pontuais dos poderes do relator-geral em diversos pareceres preliminares e as modificações qualitativas e quantitativas mais significativas aparecem desde pelo menos o Parecer Preliminar do PLOA 2018. FARIA, R. O. 2022. p. 55-56.

⁹⁷⁹ MENDES, M. 2022. p.2.

⁹⁸⁰ Nas ADPFs se sustenta “haver um esquema montado pelo governo federal visando aumentar sua base política de apoio no Congresso mediante atuação conjunta do relator-geral do orçamento federal e o presidente da República. (...) o relator-geral introduziria despesas públicas na LOA (Lei Orçamentária Anual), por meio de emendas parlamentares, as chamadas emendas do relator.” OLIVEIRA, M. C. NETO, A. Conjur. 6.12.2022. p. 2.

⁹⁸¹ José Maurício Conti observa que os valores postos à disposição das emendas de relator, sendo como se alega superiores aos de praxe, sugerem “uma possível alteração no poder de dispor desse instrumento, antes uma prerrogativa essencialmente operacionalizada pelo Poder Executivo, e que agora coloca Poder Legislativo, na pessoa do relator-geral do orçamento, como mais um ator de destaque nesse processo.” CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

bancada e o sistema, nem tão transparente, de execução das despesas decorrentes de emendas do relator.⁹⁸²⁻⁹⁸³

Enquanto as emendas individuais e de bancada vinculam o autor da emenda ao beneficiário das despesas, tornando claras e verificáveis a origem e a destinação do dinheiro gasto; as emendas do relator ocultam os efetivos requerentes da despesa,⁹⁸⁴ por meio da utilização de uma rubrica orçamentária única (RP 9), na qual todas as despesas previstas são atribuídas ao relator-geral do orçamento.⁹⁸⁵ A prática impede, como já pontuado, o rastreamento tanto dos parlamentares requerentes da verba, quanto dos destinatários finais das despesas.⁹⁸⁶

Desse modo, não é possível saber, com antecipação, quais Municípios ou Estados serão contemplados, nem qual tipo de obra, serviço ou ação estatal será efetivada com tais recursos. Enfim, não há oportunidade para o exercício do controle

⁹⁸² O orçamento, detalha José Maurício Conti, “tem a função de tornar transparentes as atividades financeiras do ente federado, o que ficou ainda mais evidente após a positivação do princípio da transparência fiscal, inserto na Lei de Responsabilidade Fiscal. Deve fazer nele constar todas as informações necessárias e suficientes para que seja possível acompanhar a arrecadação e destino dos recursos públicos, e permitir a fiscalização. Segundo noticiado, recursos das emendas de relator (RP 9) constam na lei orçamentária para programas governamentais, especificados na forma da legislação orçamentária, mas cujos dados acabam sendo insuficientes para se ter as informações específicas que permitam conhecer quem foi o parlamentar responsável pela indicação dos recursos. Cita-se como exemplo a indicação, por parlamentares, de recursos para a Codevasf (Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba), e que teriam sido por ela utilizados para a compra de tratores (daí a origem da expressão “tratoção” pela mídia) por valores acima do mercado. Tais valores constaram do orçamento apenas como sendo dotação dos programas “apoio à política nacional de desenvolvimento urbano voltado à implementação e qualificação viária” e “apoio a projetos de desenvolvimento sustentável local integrado”, sendo possível aferir a destinação específica anteriormente referida apenas por meio de ofícios internos do Ministério do Desenvolvimento Regional, responsável pela gestão dos referidos programas orçamentários[6], cujo acesso é mais difícil de ser obtido. Ou seja, não obstante as rigorosas normas de transparência exigidas pela legislação orçamentária, ainda é possível haver informações importantes não disponíveis.” CONTI, J. Jota. 2021.

⁹⁸³ “A admissão no processo orçamentário, especialmente a partir da LOA 2020, de programações incluídas por emendas de relator aptas a serem partilhadas durante a execução do orçamento (indicações), identificadas como RP 9, foi acompanhada de grande controvérsia política e jurídica, por várias razões, destacando-se os questionamentos iniciais quanto à falta de identificação do agente político beneficiado pela emenda (transparência) ou quanto aos critérios de divisão do poder político na destinação das verbas públicas (indicação de beneficiários durante a execução). De outra parte, o elevado montante transposto de programações do Executivo (PLOA - RP 2) para programações aprovadas pelo Legislativo na LOA (RP 9) acabava limitando a capacidade do governo de executar políticas públicas.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 4.

⁹⁸⁴ “É que as emendas do relator do projeto de lei orçamentária anual não se limitavam a corrigir erros ou omissões acaso existentes na peça orçamentária, mas a atender demandas de deputados e Senadores que aderissem à base governista no Congresso por recursos públicos a serem destinados a suas bases eleitorais.” OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 1-2.

⁹⁸⁵ MENDES, Marcos. **Emendas Parlamentares e Controle do Orçamento pelo Legislativo: uma comparação do Brasil com países da OCDE.** p.2.

⁹⁸⁶ “As emendas do relator, tipo RP 9, se somam a práticas já antigas e disseminadas de “troca de autoria” de emendas, dentre outras, introduzindo uma indesejada opacidade ao processo orçamentário, colocando obstáculos à necessária transparência que é hoje um princípio do Direito Financeiro, fundamental para a democratização e o controle dos recursos públicos.” CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP.** Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

orçamentário preventivo e se torna difícil, o controle orçamentário posterior, ante a falta de transparência na aplicação desses recursos públicos.⁹⁸⁷

Essa categoria orçamentária, para a qual se destinam quantias⁹⁸⁸ vinculadas a finalidades não rastreáveis, parece não se amoldar às diretrizes constitucionais do planejamento, da transparência e da responsabilidade fiscal.⁹⁸⁹

No exercício financeiro de 2020, mais de 36 (trinta e seis) bilhões de reais se destinaram às emendas parlamentares em geral. Desse montante, 20 (vinte) bilhões de reais foram consignados para as emendas do relator, ou seja, sozinho, o Relator-Geral obteve mais recursos do que todos os demais congressistas, bancadas estaduais e comissões juntos.⁹⁹⁰

As denúncias, pela imprensa,⁹⁹¹⁻⁹⁹² de um possível esquema de corrupção, acarretaram apurações por parte do TCU⁹⁹³ e o fato de os órgãos estatais de

⁹⁸⁷ MENDES, M. 2022. p.2.

⁹⁸⁸ Mais de R\$ 53 bilhões entre 2020 e 2022. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 45.

⁹⁸⁹ “O orçamento público federal será transformado em uma questão de interesse particular dos congressistas da ocasião que, como diz o grande poeta, em tenebrosas transações, poderiam ser livremente cooptados pelo presidente da República, recebendo, em contrapartida, generosas fatias do orçamento sem qualquer tipo de controle e fiscalização.” OLIVEIRA, M. C. NETO, A. Conjur. 6.12.2022. p. 7.

⁹⁹⁰ MENDES, M. 2022. p.2-3.

⁹⁹¹ Além do Jornal Estado de São Paulo, a Folha de S. Paulo, por sua vez, identificou transações envolvendo a quantia de 146 milhões de Reais dos recursos do “Orçamento secreto” para a aquisição de “Kits de robótica” destinados a escolas do interior do Estado do Alagoas. Observe-se que as unidades de ensino beneficiadas pelos referidos equipamentos de robótica são escolas que sofrem com as mais básicas deficiências de infraestrutura, como a falta de salas de aula, internet, computadores, saneamento e até água encanada. SALDAÑA, Paulo. Governo Bolsonaro gasta mais com kit robótica a aliados do que com obras de creche. 24.4.2022. Disponível em: Governo gasta mais com robótica do que com obras de creche - 24/04/2022 - Poder - Folha (uol.com.br)

⁹⁹² A Revista Piauí, em investigação jornalística realizada em diversos Municípios do Estado do Maranhão, expôs a utilização anômala de recursos do orçamento secreto para financiar a prestação de serviços de saúde de inverossímil existência. Apurou-se que diversos Municípios de baixa densidade demográfica, como Bela Vista do Maranhão (11,3 mil habitantes), Afonso Cunha (6,6 mil habitantes) e Igarapé Grande (11,4 mil habitantes) foram contemplados, individualmente, com dotações orçamentárias superiores àquelas destinadas a grandes capitais brasileiras como Florianópolis, Natal, Vitória, Belém e Manaus. Ao todo, entre os 30 (trinta) Municípios brasileiros beneficiados com maior parcela do orçamento secreto, ao menos 23 (vinte e três) estão localizados no Estado do Maranhão.

O dado mais impressionante, contudo, refere-se ao objeto do uso das verbas federais. No Município de Pedreiras (39,1 mil habitantes), constatou-se que a Secretaria de Saúde local informou ter realizado, no ano de 2021, o total de 540,6 mil procedimentos de extração dentária. Segundo esclarece a Revista Piauí, “Para chegar a tanto, Pedreiras teria que ter arrancado catorze dentes de cada morador. É quatro vezes mais exodontias do que fez toda a cidade de São Paulo”. Não à toa, o articulista conferiu a Pedreiras o inusitado título de “cidade mais banguela do País”.

Já em Santa Quitéria (25,8 mil habitantes), também no Estado do Maranhão, verificou-se o recorde nacional de exames de HIV. Enquanto o Município de São Paulo (12,8 milhões de habitantes), em 2020, realizou o total de 2.976 testes do tipo Western Blot, para confirmação de diagnósticos de infecção pelo vírus HIV, o pequeno Município de Santa Quitéria ultrapassou essa marca, atingindo o patamar de 3.101 exames da mesma espécie. PIRES, Breno. Farra ilimitada. Edição 190, julho de 2022. Disponível em Farra ilimitada (uol.com.br)

⁹⁹³ A notícia veiculada foi objeto de apuração perante o Tribunal de Contas da União (TC 014.280/2021-3, Rel. Min. Weder de Oliveira), vindo a ser determinada a suspensão das contratações em curso na Codevasf, devido ao “risco extremo de sobrepreço” nas aquisições de máquinas e equipamentos pesados (tratores, retroscavadeiras, caminhões pipa, etc.) “com recursos de provenientes de emendas do Relator-Geral do orçamento (RP)”.

fiscalização não terem tido a oportunidade da ação preventiva, antes da concretização de possíveis danos irreversíveis ao erário, colocam em foco as emendas do relator, sua relação com o Poder Executivo e a compatibilidade da prática com os princípios constitucionais que regulam o orçamento público e seu manejo.⁹⁹⁴

3.4. O “orçamento secreto” em juízo

A descrição do processo judicial é voltada para os aspectos que envolveram o diálogo entre os poderes, se amoldando ao recorte da pesquisa. O objetivo é observar se e como essas interações aconteceram e de que forma contribuíram para as decisões e escolhas de ambos os poderes.

As divulgações na imprensa e as apurações do TCU, vinculadas à constitucionalidade da forma de utilização das emendas do relator-geral do orçamento, levaram à provocação do Poder Judiciário, por meio de, ao todo, quatro ADPFs.⁹⁹⁵

Entre 06.06.2021 e 14.06.2021, foram propostas as três primeiras ações (ADPFs 850,⁹⁹⁶ 851⁹⁹⁷ e 854⁹⁹⁸), todas de autoria de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, respectivamente, Cidadania, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.

As legendas sustentam terem sido violados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como os preceitos fundamentais regentes da execução do orçamento público e das finanças públicas.

^{999_1000}

A prática em curso se constituiria em uma forma unilateral, arbitrária e sem transparência de manejo de recursos públicos, violando diretamente aos artigos 37, caput, 163-A, 165 e 166 da Constituição, entre outros.

Em vista disso, os autores requereram a concessão de medida liminar para que fosse determinada a imediata suspensão da execução dos recursos orçamentários oriundos das emendas do relator-geral, no orçamento de 2021.

⁹⁹⁴ CONTI, J. M. 27.05.2021.

⁹⁹⁵ ADFF 850, 851, 854 e 1014.

⁹⁹⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>

⁹⁹⁷ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6194438>

⁹⁹⁸ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6199750>

⁹⁹⁹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 9-10.

¹⁰⁰⁰ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. Conjur. 6.12.2022. p. 2.

O pedido liminar continha, ainda, o requerimento para que fossem juntadas aos autos e publicizadas, as informações completas relativas aos parlamentares autores das indicações, o detalhamento da destinação dos recursos das emendas nos anos de 2020 e de 2021 e os convênios e contratos de repasse e termos de execução descentralizadas firmados com recursos orçamentários provenientes de emenda do relator-geral ao orçamento público federal.¹⁰⁰¹

Ao final, os pedidos de mérito foram o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão, no Orçamento de 2021, de despesas discricionárias decorrentes de emenda do relator-geral (RP 9) e o respeito à publicidade e à transparência orçamentárias.¹⁰⁰²

Em 29.09.22, foi proposta a ADPF 1014,¹⁰⁰³ de autoria do Partido Verde – PV, pugnando pela inconstitucionalidade da inclusão, no Orçamento de 2022, de despesas discricionárias decorrentes de emendas do relator-geral (RP 9).

Em 05.11.2021, nas ADPFs 850, 851 e 854, foi concedida liminar monocrática, referendada de forma unânime pelo Plenário, em 11.11.2021. A decisão determinou (a) a publicização ampla dos documentos que demonstrem a distribuição de recursos, referentes às emendas de relator-geral (RP-9), nos exercícios de 2020 e de 2021; (b) a implementação de transparência na distribuição dessas emendas, incluindo o registro de suas despesas em plataforma eletrônica centralizada; e (c) quanto ao orçamento do exercício de 2021, a suspensão integral e imediata da execução dos recursos orçamentários, oriundos do identificador RP 9, até julgamento de mérito da ação judicial.¹⁰⁰⁴

A relatora, ministra Rosa Weber, embasou a medida no argumento de violação objetiva dos postulados republicanos da transparência, da publicidade e da impessoalidade no âmbito da gestão estatal dos recursos públicos. Esclareceu, também, que as práticas institucionais condescendentes com a ocultação dos autores e beneficiários das despesas decorrentes das emendas do relator do orçamento

¹⁰⁰¹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 45.

¹⁰⁰² ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 5-7.

¹⁰⁰³ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6492811>

¹⁰⁰⁴ ADPF 854 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022

federal constituem exceção inconstitucional ao regime de transparência que deve reger os instrumentos orçamentários.¹⁰⁰⁵

Após a concessão da liminar,¹⁰⁰⁶ em 25.11.2021, se manifestaram nos autos, os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em petição conjunta, afirmando terem adotado diversas medidas na tentativa de atender à decisão da Corte.¹⁰⁰⁷

Nesse sentido, mencionaram duas propostas legislativas em trâmite (que se tornaram o Ato Conjunto nº 1/2021, das Mesas da Câmara e do Senado e Resolução nº 2/2021, do Congresso), visando estabelecer, a partir da aprovação desses atos, regras de publicidade às solicitações dirigidas ao relator-geral do orçamento. Esclarecem que, com as medidas legislativas em discussão, se estimularia amplo debate parlamentar, que gerariam a construção de soluções normativas aplicáveis aos exercícios financeiros seguintes.

Formularam, ainda, os pedidos de revisão da liminar para (i) que a publicidade e a transparência da aplicação dos recursos vinculados à emenda de indicador RP 9 fossem exigidas a partir da vigência das propostas legislativas em trâmite¹⁰⁰⁸ e (ii) que os recursos com execução suspensa fossem liberados, em razão do prejuízo que poderia causar às áreas de destinação desses valores.¹⁰⁰⁹

Em 03.12.2021, Câmara e Senado peticionam novamente nos autos para informar a aprovação do o Ato Conjunto nº 1/2021, das Mesas da Câmara e do Senado e Resolução nº 2/2021, do Congresso, dispondo que as indicações e solicitações formuladas ao relator-geral fossem individualmente publicadas e disponibilizadas em relatório em site oficial pela Comissão Mista de Planos, Orçamento Público e Fiscalização do Congresso, além de estabelecer um valor máximo até o qual o relator-geral poderá apresentar emendas à lei orçamentária anual.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁵ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 5-7.

¹⁰⁰⁶ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6199750>

¹⁰⁰⁷ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 75-76.

¹⁰⁰⁸ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 76.

¹⁰⁰⁹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 8.

¹⁰¹⁰ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 76.

Em nova decisão monocrática (06.12.2021), atendendo, em parte, à manifestação do Parlamento, a relatora afastou a suspensão da execução dos recursos, decisão que também foi referendada pelo Plenário, em 17.12.2021.¹⁰¹¹

Nessa oportunidade, a relatora reconheceu as movimentações do Legislativo como uma interação positiva com a decisão do Tribunal e como uma demonstração de que a publicidade e a transparência não estavam sendo observadas como se deveria.^{1012_ 1013}

De toda forma, a nova sistemática parlamentar, segundo a ministra Rosa Weber, não se mostrou suficiente para atender os propósitos determinados pela decisão plenária da Corte,¹⁰¹⁴ pois, além de excluir do detalhamento da execução dessas emendas, as despesas referentes ao período anterior à sua publicação (entre 2020 e 2021),¹⁰¹⁵ mantiveram o sigilo dos requerentes dos recursos (que provocam o relator-geral e detêm a capacidade de influenciá-lo), bem como a ausência dos critérios de escolha dos beneficiários e a inobservância da proporcionalidade na distribuição dos recursos.¹⁰¹⁶

Tanto o AGU, quanto o PGR se manifestaram pela improcedência das ações. O PGR argumentou que o objeto das ADPFs seria matéria interna corporis do Congresso. Aduziu, ainda, que nenhuma norma da Constituição teria sido diretamente violada e que o fato de as emendas do relator-geral não estarem previstas no texto constitucional não as tornaria, por si só, inconstitucionais.

Nessa direção, sustentou, inclusive, que o debate levado ao Supremo não teria natureza constitucional, legal ou regimental, e sim política. E que, portanto, esse seria

¹⁰¹¹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 9.

¹⁰¹² ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 7-9.

¹⁰¹³ Além dos atos do Congresso, que objetivavam ampliar a transparência e a publicidade das emendas de relator, o AGU trouxe, aos autos das ADPFs em questão, a informação de que foi editado, pela Presidência da República, o Decreto nº 10.888, de 09 de dezembro de 2021. O ato normativo, também uma resposta a decisão da Corte, tinha a função de disciplinar os procedimentos a serem adotados pela União para dar publicidade e transparência à execução de recursos decorrentes de emendas do indicador RP 9, com medidas como a divulgação das solicitações, a elas referentes, nos sítios eletrônicos dos Ministérios competentes para a execução das despesas; registro descritivo na Plataforma +Brasil e amplo acesso público aos documentos e dados referentes às solicitações de distribuição de emendas do relator. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 76-77.

¹⁰¹⁴ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 78.

¹⁰¹⁵ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 78.

¹⁰¹⁶ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 79-80.

um espaço destinado ao Poder Legislativo, que deve atuar para aperfeiçoar a sistemática do processo legislativo. De uma forma ou de outra, para o PGR, Ato Conjunto nº 1/2021 e à Resolução nº 2/2021, ampliaram a publicidade, das emendas em discussão, em comparação com a situação previamente existente.¹⁰¹⁷⁻¹⁰¹⁸

Com a inclusão das ADPFs em pauta de julgamento, em 7/12/2022, o STF foi cientificado, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, de que um sistema de indicação orçamentária estava sendo parametrizado para exigir, a partir do exercício financeiro de 2023, a identificação do parlamentar solicitante dos recursos referentes às emendas de relator.

E, em 16/12/2022, o Presidente do Congresso Nacional noticiou, nos autos processuais, a aprovação do Projeto de Resolução 3/2022¹⁰¹⁹, objetivando definir critérios de distribuição das emendas RP-9.¹⁰²⁰

Nos termos postos pelo ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, durante a sessão, passado pouco mais de um ano da propositura das ADPFs, a última medida adotada pelo Congresso Nacional apresentou avanços para mitigar a discricionariedade que o relator-geral tinha na escolha dos beneficiários das emendas e na definição do destino final dessas.¹⁰²¹

Apesar das melhorias, no que tange a publicidade e a transparência, segundo a ministra Rosa Weber, os atos normativos editados pelo Congresso, ao longo do trâmite das ADPFs, não conseguiram adequar a prática das emendas de relator aos princípios constitucionais.¹⁰²²

Dessa forma, no mérito, o STF terminou por acolher os pedidos formulados nas ações para:

¹⁰¹⁷ Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, requereu que restasse consignado em ata que alterou seu parecer, manifestando-se no mesmo sentido do voto da Relatora.

¹⁰¹⁸ TALENTO, Aguirre. Orçamento secreto: PGR muda de posição, acompanha Rosa. O Globo, Brasília, 19 dez. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2022/12/orcamento-secreto-pgr-muda-deposicao-acompanha-rosa-weber-e-defende-fim-das-emendas-de-relator.ghtml>. Acesso em: 19 dez. 2022.

¹⁰¹⁹ “Posteriormente, com a proximidade do julgamento no STF, o Congresso Nacional aprovou a Resolução nº 3, de 2022-CN, com novas alterações. As medidas, no entanto, não foram suficientes para pacificar a lide, o que levou o STF a julgar procedentes os pedidos deduzidos nas ADPFs 850, 851, 854 e 1.014, com repercussões no processo orçamentário.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 5.

¹⁰²⁰ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 22.

¹⁰²¹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 23.

¹⁰²² ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 79-80.

(a) declarar incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “esquema do orçamento secreto”, consistentes no uso indevido das emendas do Relator-Geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União;

(b) declarar a inconstitucionalidade material do art. 4º do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/20218 e do inteiro teor da Resolução CN nº 2/20219;

(c) conferir interpretação conforme às leis orçamentárias anuais de 2021 (Lei nº 14.144/2021) e de 2022 (Lei nº 14.303/2022), vedando a utilização das despesas classificadas sob o indicador orçamentário RP 9 para o propósito de atender a solicitações de despesas e indicações de beneficiários realizadas por Deputados Federais, Senadores da República, Relatores da Comissão Mista de Orçamento (CMO) e quaisquer “usuários externos” não vinculados aos órgãos da Administração Pública Federal, independentemente de tal requisição ter sido formulada pelos sistemas formais ou por vias informais (cabendo, ainda, aos Ministros de Estado titulares das pastas beneficiadas com recursos consignados sob a rubrica RP 9 orientarem a execução desses montantes em conformidade com os programas e projetos existentes nas respectivas áreas, afastado o caráter vinculante das indicações formuladas pelo relator-geral do orçamento, nos moldes do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 10.888/202110);

(d) determinar, a todas as unidades orçamentárias e órgãos da Administração Pública em geral que realizaram o empenho, liquidação e pagamento de despesas classificadas sob o indicador orçamentário RP 9, nos exercícios financeiros de 2020 a 2022, a publicação dos dados referentes aos serviços, obras e compras realizadas com tais verbas públicas, assim como a identificação dos respectivos solicitadores e beneficiários, de modo acessível, claro e fidedigno, no prazo de 90 (noventa) dias.

A tese fixada foi a seguinte: “As emendas do Relator-Geral do orçamento destinam-se, exclusivamente, à correção de erros e omissões, nos termos do art. 166, § 3º, III, alínea “a”, da Constituição Federal, vedada a sua utilização indevida para o fim de criação de novas despesas ou de ampliação das programações previstas no projeto de lei orçamentária anual.”

Na decisão de mérito, embora o placar tenha sido de 6 x 5, pela inconstitucionalidade das emendas de relator, não se considerou, de forma

consistente, deixar o cenário como estava, para que as escolhas acerca desse tipo de emenda ficassem confinadas ao campo da política.¹⁰²³

O ministro André Mendonça, em seu voto, observou, entre outros aspectos, que o Congresso deve garantir às emendas do identificador RP-9, o mesmo nível de transparência e de controle verificáveis na execução referente aos RP-6 (despesa primária decorrente de emendas individuais, de execução obrigatória) e RP-7 (despesa primária decorrente de emendas de bancada estadual, de execução obrigatória).

O ministro Nunes Marques¹⁰²⁴ votou pelo não conhecimento das ADFPs e, no caso de a preliminar não ser acatada, reconheceu a violação dos princípios da transparência e da publicidade, determinando que o Congresso Nacional, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, procedesse aos ajustes necessários, no orçamento de 2022 e seguintes.

O ministro ressaltou os orçamentos dos exercícios 2020 e 2021, assim como todos os anteriores, por entender que os procedimentos vinculados às emendas de relator, ainda que passíveis de críticas, atenderam à leitura legislativa vigente no período, sem que houvesse contestação oportuna.

O ministro Alexandre de Moraes votou determinando a aplicação do mesmo procedimento das emendas individuais (RP6) às emendas do relator (RP9), com a finalidade de garantir total transparência e publicidade.

Além disso, firmou o dever do relator-geral do orçamento, no tocante à divisão dos recursos destinados ao indicador RP9, de respeitar a proporcionalidade entre a maioria e a minoria da Casa Legislativa, e, após essa divisão do montante de emendas, respeitar, ainda, a proporcionalidade das respectivas bancadas dentro da maioria e da minoria.

O ministro Dias Toffoli pontuou o dever de observar os princípios da transparência, da proporcionalidade, da imparcialidade e da isonomia entre os entes federativos, devendo, além disso, os Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito de

¹⁰²³ “Mais importante do que conjecturar sobre as supostas razões pessoais pelas quais a maioria dos ministros do STF foi levada a decidir pela inconstitucionalidade do chamado “orçamento secreto”, cabe reconhecer o reforço à Constituição e à institucionalidade, tão atacadas nesses últimos quatro anos. O expediente tal como adotado era incompatível com uma república que se constitui na forma de um Estado democrático de Direito. Fato incontroverso para ambas as correntes formadas no STF e, inclusive, para o próprio Congresso que, antes do término do julgamento das ações pelo Tribunal, tentou atualizar a sua normativa interna com vistas a conferir maior publicidade, transparência e equanimidade na distribuição de recursos públicos federais por meio das emendas do relator ao projeto de lei orçamentária anual.” OLIVEIRA, M. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 3.

¹⁰²⁴ O Ministro votou pelo não conhecimento das ADPFs 850, 851, 854 e 1.014

suas competências, regulamentar, no prazo de 90 dias, a execução da RP 9, de forma a atender aos ditames constitucionais.

O ministro Gilmar Mendes votou pela impossibilidade de equiparação dos regimes jurídicos das emendas individuais e das emendas de relator, especialmente quanto à obrigatoriedade de execução dessas despesas pelo Poder Executivo. Entre outros pontos, o ministro também destacou a equidade na distribuição dos recursos, com a necessidade de atendimento da legislação estruturante da respectiva política pública, sobretudo no que concerne aos critérios de distribuição de recursos – como população e índices socioeconômicos do ente da Federação.¹⁰²⁵

Os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e a ministra Carmen Lúcia acompanharam o voto da Relatora. O Procurador-Geral da República requereu que restasse consignado em ata que alterou seu parecer, manifestando-se no mesmo sentido do voto da Relatora.¹⁰²⁶

Cumprir observar, também, que, embora a decisão de mérito não tenha sido unânime, o núcleo dos fundamentos e dos argumentos lançados pelo voto da relatora na concessão da tutela e reforçados depois, no mérito, reverberaram na construção das razões dos demais ministros, dando, em certa medida, sustento para as variações nos pedidos deferidos e demonstrando uma certa sintonia em torno das questões constitucionais a serem preservadas.

3.5. O “orçamento secreto” e relações institucionais entre Legislativo e Judiciário

Para teoria dos Diálogos, com já apresentado nessa pesquisa, o arranjo das capacidades constitucionais de cada um dos Poderes e a forma do uso dessas capacidades, na prática institucional, importam para a construção do sentido da Constituição.¹⁰²⁷

¹⁰²⁵ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 32.

¹⁰²⁶ Vale destacar que o cenário político se alterou do início do processo até o seu julgamento final. O esquema do “orçamento secreto” era parte da estratégia do Presidente Bolsonaro para manutenção de sua base de apoio no Congresso. Já o Presidente Lula, eleito em outubro de 2022, deixou claro que não desejava manter a mesma estrutura de composição de apoio com o Parlamento.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/analise/lula-amplia-confronto-com-lira-e-prepara-antidoto-para-o-orcamento-secreto-02062022>

<https://exame.com/brasil/orcamento-secreto-decisoes-do-stf-beneficiam-lula-como-se-comportarao-os-parlamentares/>

¹⁰²⁷ BRANDÃO, R., 2022, p. 402-404.

Na análise das ações do Congresso e do Supremo no caso em foco, vale destacar a complexidade do tema, as ações e as reações dos partícipes, bem como as múltiplas leituras que todos esses pontos comportam. Não é o objetivo do trabalho esgotar esses aspectos ou as visões possíveis acerca deles. Vamos nos ater a alguns dos elementos que se ligam à perspectiva dialógica e de interação entre os poderes.

3.5.1. Separação de poderes: a competência do Judiciário para avaliar questões orçamentárias

Esse ponto, visitado em nosso capítulo inicial, é crucial para a Teoria dos Diálogo: garantir espaço institucional para que cada poder possa praticar sua atividade, interações¹⁰²⁸ capazes de potencializar sua atuação e refrear abusos, expandindo controles mútuos.^{1029_1030}

Nas ADPFs discutidas, as manifestações do Presidente da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados inseriram no debate o argumento da Separação de Poderes, ou seja, defenderam que não compete, ao Poder Judiciário, definir a distribuição de recursos para as políticas públicas estatais ou a sua alocação.¹⁰³¹

“Está longe de ser trivial saber qual o melhor modelo de regulação de despesa pública.”¹⁰³² A afirmação do ministro Gilmar Mendes, em seu voto, traz embutida a noção de que esse é um assunto que comporta escolhas diferentes e há também, de forma subliminar, a questão da legitimidade para realizar essas escolhas. Enfim, a eleição de um arranjo e a autoridade para fazê-lo não são laterais nessa discussão.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes pondera que, levando em conta a autonomia organizacional do Congresso Nacional e o desenvolvimento de uma prática parlamentar largamente estabelecida, gestada ao longo do tempo, “é de bom aviso

¹⁰²⁸ BATEUP, C. 2006. p. 1109.

¹⁰²⁹ BRANDÃO, R., 2022. p. 412.

¹⁰³⁰ Um aspecto a ser apontado, nessa perspectiva, é a descrição que a ministra Rosa Weber faz das CPMI's que investigaram os escândalos de corrupção ligados ao orçamento. A Ministra não só descreve a atuação das comissões parlamentares de inquérito, como também detalha as providências sugeridas pelos parlamentares para combater os desvios apurados.¹⁰³⁰

A escolha dessa rota argumentativa demonstra um reconhecimento das contribuições do Congresso, de modo a enfatizar a ação do Parlamento no combate a esses desacertos e o seu empenho, nos episódios descritos pela relatora, na construção de uma prática compatível com a Constituição. Dito de outro modo, se reconhece o papel do Legislativo, como ator legítimo na construção do sentido constitucional.

¹⁰³¹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 78.

¹⁰³² ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 12.

adotar técnica decisória intermediária que conceda aos Poderes Executivo e Legislativo uma via de composição desse impasse constitucional.”¹⁰³³

Essa linha, que reconhece como apropriada a resposta judicial, sem deslegitimar a construção que pode emanar dos outros poderes, é muito própria de uma perspectiva dialógica. Reconhece, como observado no primeiro capítulo dessa pesquisa, as diferentes competências e habilidades de cada um dos intérpretes da Constituição ¹⁰³⁴ e não sustenta a hegemonia interpretativa de nenhum dos Poderes.¹⁰³⁵

Na decisão de mérito do STF, se reconhece, ao menos na estrutura argumentativa, a existência de limites a sua ingerência. Se aduz, contudo, que não se trata, no caso do “orçamento secreto”, de ter a Corte como definidora da distribuição de recursos, e sim do controle da observância das balizas constitucionais pelos agentes encarregados de tal tarefa.^{1036_1037}

Como detalha a ministra Rosa Weber, em seu voto,¹⁰³⁸ “não compete ao Poder Judiciário interferir nas escolhas legitimamente feitas pelo legislador”. Isso, porque existe na função parlamentar, um campo de discricionariedade que é próprio à atividade política.

Dessa maneira, recuperando o que sustenta Rodrigo Brandão, não se deve nem demonizar, nem idealizar o legislador no exercício de sua atividade.¹⁰³⁹ E, apesar de existir o risco da captura da atuação do Parlamento por grupos de grande influência

¹⁰³³ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 22.

¹⁰³⁴ BATEUP, C. 2006. p.1174-1175.

¹⁰³⁵ BATEUP, C. 2006. p.1174-1175.

¹⁰³⁶ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 13.

¹⁰³⁷ Corroborando essa visão, a Nota Técnica 1, de 2023, emitida pelo Congresso Nacional: “As emendas de relator tradicionais (organização e sistematização, correção de erros e omissões) continuam existindo (art. 144 cc art. 53, I e II da Res. nº 1-2006/CN). O que ficou vedado pelo STF foi o “uso indevido” para efeito de inclusão de novas despesas, entendendo-se como sendo aquelas programações que acrescem despesas com vistas a indicações de beneficiários durante a execução (Res. nº 1/2006/CN - art. 53, IV).” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 11.

¹⁰³⁸ “Enfatizo: em absoluto se está aqui a negar seja o Parlamento o lugar, por excelência, em que se faz a Política. É, sem dúvida, o locus natural de negociações frequentemente informais, ou que se iniciam como informais e seguem a trilha natural de adensamento até se formalizarem em propostas legislativas das mais variadas espécies e naturezas, discussões vivas sobre inúmeros aspectos da vida pública brasileira.” ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 78.

¹⁰³⁹ A Supremacia Judicial tende a uma percepção romantizada do magistrado, entendido como um agente que faz valer a vontade do povo, externada pelo Poder Constituinte, defendendo-a do legislador, que é demonizado e pintado como um agente político veiculador da tirania das maiorias. BRANDÃO, R., 2022 e 2022 e SARMENTO, D. SOUZA NETO, C. P. 2013. p. 134.

econômica e política,^{1040_1041_1042} rememorando o já exposto nos capítulos anteriores, a dimensão institucional,¹⁰⁴³ que ordena o espaço de criação normativa,¹⁰⁴⁴ minimiza essa ameaça e potencializa a capacidade do Legislativo de realizar escolhas legítimas.^{1045_1046}

Por outro lado, a ministra Rosa Weber também salienta, em seu voto, que “não se exclui do Poder Judiciário o controle do processo legislativo orçamentário em face das regras de envergadura constitucional que o conformam.”¹⁰⁴⁷

No parecer inicial do PGR, observou-se o argumento de versarem, os feitos, acerca de matéria *interna corporis*, elemento que teria a capacidade de inviabilizar o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos em discussão, praticados pelo Congresso.

Com essa leitura, o que se faz é retirar a distribuição de recursos públicos federais com base nas emendas do relator do campo de incidência constitucional, sugerindo ao Congresso uma liberdade maior de dispor desses recursos do que a realmente atribuída pela Constituição. Dito de outro modo, é “como se fosse possível criar em uma república que se constitui na forma de um Estado democrático de Direito áreas livres da incidência da própria Constituição.”¹⁰⁴⁸

Para os professores Marcelo Cattoni e Almir Megali, esse tipo de raciocínio é compatível com o nome popular desse esquema, “orçamento secreto”, pois, está

¹⁰⁴⁰ MENDES, C. H. 2008. p. 73.

¹⁰⁴¹ MENDES, C. 2008. p. 72-73.

¹⁰⁴² “A disputa por recursos públicos sempre ocupou o núcleo da guerra política. Não é novidade que o dinheiro instrumentaliza a disputa pelo poder. Ou vice-versa. Dinheiro e poder sempre estabeleceram uma relação simbiótica e indissociável. No mais das vezes, pouco ou nada republicana. No âmbito das finanças públicas essa relação fica ainda mais visível, e podemos ver expostas boa parte das entranhas que se tenta esconder.” CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica->

¹⁰⁴³ WALDRON, J. 2016.

¹⁰⁴⁴ NASCIMENTO, R. S. 2021. p. 297.

¹⁰⁴⁵ MENDES, C. 2008. p. 78-85.

¹⁰⁴⁶ Como está em constante interação com o Poder Executivo e lidando diretamente com múltiplos interessados nos atos em elaboração, o Legislativo tem maior chance de levar em conta aspectos operacionais, técnicos, econômicos, contábeis, que viabilizam e promovem de forma mais adequada e efetiva a proteção aos direitos fundamentais e a execução de políticas públicas. GODOY, M. G. de. 2017. Locais do Kindle 4516.

¹⁰⁴⁷ ADPF 850/DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 13.

¹⁰⁴⁸ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. Conjur. 6.12.2022. p. 5.

relacionado ao que pode não precisa ser revelado, registrado ou publicizado¹⁰⁴⁹ e seria, então, incompatível com os princípios republicano e democrático.”^{1050_1051}

Dessa forma, não é possível que o procedimento legislativo pertinente às emendas do relator do projeto de lei orçamentária anual não se sujeite às normas da Constituição.¹⁰⁵² E, nesse sentido, vale destacar, mais uma vez, que nenhum dos ministros sustentou que a prática estaria ajustada aos ditames constitucionais e poderia ser mantida tal como ocorria.¹⁰⁵³

Nem mesmo o próprio Congresso Nacional, que poderia ter insistido na constitucionalidade de suas práticas, sustentou a adequação das emendas de relator, como vinham sendo operacionalizadas, aos preceitos do Texto Maior. Na verdade, atualizou a normatização, três vezes, ao longo dos processos, de forma a tentar ajustar os procedimentos internos à decisão cautelar proferida e aos dispositivos constitucionais.¹⁰⁵⁴

Nesse episódio, ao que parece, com a sua atuação, o STF não retirou o Congresso de seu papel constitucional ativo no planejamento e no controle orçamentário.¹⁰⁵⁵ Na verdade, com restrição judicial às práticas vinculadas ao uso que vinha sendo feito das emendas do relator, é possível que se inicie uma nova rodada

¹⁰⁴⁹ “CONSIDERANDO a não exigência e a inexistência de procedimento preestabelecido por Lei para registro formal das milhares de demandas recebidas pelo Relator-Geral com sugestão de alocação de recursos por parte de parlamentares, prefeitos, governadores, Ministros de Estado, associações, cidadãos, formuladas no dia a dia do exercício dinâmico do mandato; CONSIDERANDO a impossibilidade fática de se estabelecer retroativamente um procedimento para registro das demandas referidas no item anterior;” Ato conjunto das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/119895056/Ato+Conjunto+das+Mesas+1+de+2021/28e48918-667e-4d76-a9aa-43ab53f376a7>

¹⁰⁵⁰ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. Conjur. 6.12.2022. p. 5.

¹⁰⁵¹ Segundo a ministra Rosa Weber afirma em seu voto, nem o Congresso Nacional, nem o Ministério da Economia foram capazes de rastrear os ordenadores das despesas registradas sob o classificador RP 9 (emendas do relator). Também não puderam informar os critérios adotados para justificar esses gastos ou que obras, serviços ou bens foram adquiridos ou contratados com tais valores. As instituições não conseguiram sequer informar se os programas e objetivos vinculados ao planejamento orçamentário foram alcançados com o uso desses recursos. Essas informações são corroboradas pela petição conjunta dos Presidentes da Câmara e do Senado, quando afirmam a impossibilidade de cumprir esse ponto da tutela concedida pela ausência da exigência de registros, à época da prática dos atos. ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 45.

¹⁰⁵² Essa é uma chave que cabe destacar, pois permite que se encare o orçamento público como uma questão constitucional (jurídica) e não como um assunto meramente "político" de deputados e senadores, em que não cabe atuação do Judiciário. OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 1-2.

¹⁰⁵³ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 3.

¹⁰⁵⁴ Fato incontroverso para ambas as correntes formadas no STF e, inclusive, para o próprio Congresso que, antes do término do julgamento das ações pelo Tribunal, tentou atualizar a sua normativa interna com vistas a conferir maior publicidade, transparência e equanimidade na distribuição de recursos públicos federais por meio das emendas do relator ao projeto de lei orçamentária anual. Não fosse assim, o Congresso não se daria ao trabalho de corrigir sua normativa interna [7]. Bastaria insistir na constitucionalidade das resoluções da forma como estavam em vigor. OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur. 6.12.2022. p. 7.

¹⁰⁵⁵ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 4.

procedimental na relação entre Legislativo e Executivo, no que tange a elaboração da peça orçamentária. Espera-se que essa interação seja edificada em práticas que envolvam o respeito aos ditames fundamentais regentes do devido processo legislativo orçamentário.^{1056_1057}

3.5.2. As rodadas procedimentais: diálogos entre Legislativo e Judiciário no caso do “orçamento secreto”

Nos capítulos anteriores, destacamos que parte essencial da Teoria dos Diálogos se conecta ao caráter não definitivo das escolhas e das decisões judiciais ou legislativas. Isso, porque a interação entre os agentes termina por fazer da construção do significado constitucional uma empreitada coletiva.¹⁰⁵⁸

O objetivo, nesse tópico, é destacar as rodadas procedimentais que se desenrolaram entre o Legislativo e o Judiciário, no episódio em avaliação. Recuperando os argumentos de Hogg e Bushell, exposto no capítulo 1, pode-se considerar que o controle de constitucionalidade tem a capacidade de gerar diálogos institucionais, vez que a manifestação do Tribunal pode desencadear a revisão dos atos normativos pelo legislador.¹⁰⁵⁹ Em suma, a revisão judicial não seria um veto às escolhas das instâncias representativas, mas sim o início de um diálogo.^{1060_1061}

O caso do “orçamento secreto” gerou uma significativa interface entre Corte e Parlamento. A observação da tabela abaixo, que condensa os acontecimentos mais relevantes vinculados a esse episódio, demonstra, pela própria ordem dos eventos, a existência de diversos pontos de interface entre Legislativo e Judiciário.

A tabela, elaborada para essa pesquisa, tem como base a sequência de atos do Parlamento e da Corte, assim, os eventos são organizados por data, o que permite destacar as ações e reações nas atuações mútuas desses poderes. Sua confecção

¹⁰⁵⁶ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 4.

¹⁰⁵⁷ “O fato é que na disputa pelo dinheiro público o jogo é bruto. É muito difícil manter essa partida “dentro das quatro linhas”. Quem está no campo quer mesmo é ganhar, com ou sem a ajuda do árbitro, e obedecer às regras parece ser um detalhe não muito relevante. Nesse caso a torcida precisa ajudar, não pode ficar só assistindo. Vai ter de entrar em campo, numa luta que é permanente e não vai acabar tão cedo.” CONTI, J. M. *Jornal da USP*. 2021.

¹⁰⁵⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución e pueblo**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013. p. 118.

¹⁰⁵⁹ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 79-80.

¹⁰⁶⁰ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 124.

¹⁰⁶¹ Além disso, os autores destacam que “Os legisladores do Canadá não são indiferentes às preocupações de igualdade e liberdades civis que são levantadas nos casos da Carta, e nem sempre esperam que um tribunal os “force” a emendar suas leis antes de estarem dispostos a considerar leis mais justas, menos restritivas ou mais inclusivas. A influência da Carta vai muito além dos limites do que os juízes definem como obrigatórios.” (tradução livre) HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 105.

tem como objetivo facilitar a visualização da comunicação entre Supremo e Congresso, bem como seus desdobramentos.

O recorte pensado para sua construção se inicia com a notícia, veiculada pela imprensa, do uso desvirtuado das emendas de relator, passa pela sequência de decisões do Judiciário, pelas escolhas do Legislativo ao longo do feito e termina, após a conclusão do processo, com a Emenda Constitucional 126, de 2022.

Caso do “orçamento secreto” – principais acontecimentos	
08.05.2021	Reportagem veiculada em ‘O Estado de São Paulo’ aponta a existência de um esquema de barganha envolvendo a liberação de emendas orçamentárias
06.06.2021 a 14.06.2021	Propositura das ADPFs 850, 851 e 854
05.11.2021	Tutela deferida – decisão monocrática Ministra Rosa Weber
11.11.2021	Tutela referendada pelo Plenário da Corte
25.11.2021	Petição conjunta dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados informando a existência de projetos legislativos em trâmite, além da execução de outras medidas que buscavam implementar a decisão da Corte e requerendo reforma da tutela concedida
02.12.2021 e 03.12.2021	Edição do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, 2021 e da Resolução do Congresso Nacional nº 2, 2021, buscando assegurar maior publicidade e transparência à execução orçamentária das emendas do relator.
03.12.2021	Nova petição conjunta dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados informando a aprovação e a publicação do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, 2021 e da Resolução do Congresso Nacional nº 2, 2021
06.12.2021	Reforma parcial da tutela pela relatora, Ministra Rosa Weber
17.12.2021	Reforma da tutela referendada pelo Plenário da Corte
29.09.2022	Propositura da ADPF 1014
02.12.2022	Inclusão das ADPFs em pauta de julgamento
07.12.2022	Início do julgamento com leitura do relatório e sustentações orais.
14.12.2022	Antes da retomada da sessão de julgamento, o Presidente do Congresso Nacional notifica ao Tribunal, via ofício, a “apresentação de Projeto de Resolução do Congresso Nacional que aprimora a indicação de emendas de Relator-Geral”.
14.12.2022 e 15.12.2022	Sessão de julgamento com apresentação dos votos da relatora e de diversos ministros
16.12.2022	O Presidente do Congresso Nacional noticiou, nos autos processuais, antes da retomada da sessão de julgamento, a aprovação do Resolução 1/2022, objetivando definir critérios de distribuição das emendas RP-9.

19.12.2022	O STF conclui o julgamento para declarar incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “esquema do orçamento secreto”, consistentes no uso indevido das emendas do relator-geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União.
21.12.2022	Alteração da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 126/2022, para dispor sobre questões vinculadas às emendas orçamentárias, entre outros assuntos.

Fonte: Informações disponíveis na página da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. Compilação e sistematização próprias.

Avaliando a tabela de sequência de eventos no caso do “orçamento secreto”, alguns aspectos podem ser destacados como significativos, sob a perspectiva do Diálogos Interinstitucionais.

a) Dos atos normativos elaborados pelo Congresso durante as ADPFs e do momento de sua elaboração

A observação da tabela acima deixa patente que os atos normativos elaborados pelo Congresso, ao longo do trâmite processual, surgiram no calor de alguma movimentação por parte do Poder Judiciário.

Após a concessão da liminar (05.11.2021) e seu referendo, pelo Plenário (11.11.2021), a Corte foi informada, via ofício, da edição (03.12.2021) do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2021¹⁰⁶² e da Resolução do Congresso Nacional nº 2, 2021,¹⁰⁶³ (02.12.2021). Ambos os atos, vale lembrar, buscando assegurar maior publicidade e transparência à execução orçamentária das emendas do relator (RP 9).

Já nas primeiras considerações que justificam a edição das normas, os parlamentares fazem referência direta às ADPFs em trâmite no STF e à tutela nelas

¹⁰⁶² Disponível em:

<https://www.google.com/search?q=Ato+Conjunto+das+Mesas+da+C%C3%A2mara+dos+Deputados+e+do+Senado+Federal+n%C2%BA+1%2F2021&oq=Ato+Conjunto+das+Mesas+da+C%C3%A2mara+dos+Deputados+e+do+Senado+Federal+n%C2%BA+1%2F2021+&aqs=chrome..69i57.1136j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

¹⁰⁶³ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/35212493>

deferida,¹⁰⁶⁴ bem como a necessidade de cumprimento da decisão da Corte.¹⁰⁶⁵ É perceptível uma movimentação legislativa, que interage e responde à decisão judicial.

Vale acrescentar, que o Congresso também salienta, na exposição de motivos desses atos, a sua legitimidade para realizar escolhas no campo orçamentário e acentua o fato de as leis orçamentárias de 2020 e 2021, em discussão da seara judicial, terem sido aprovadas por parlamentares legitimamente eleitos e em processo legislativo escorreito e constitucional.¹⁰⁶⁶

Nos dizeres da ministra Rosa Weber, o ofício enviado à Corte, demonstra “a abertura do Congresso Nacional, por meio de suas Mesas, ao saudável e democrático diálogo interinstitucional.”¹⁰⁶⁷ A Ministra destaca a importância do passo dado pelo Parlamento, no intuito de ampliar a transparência da sistemática que rege as emendas de relator.

E, em seu voto, evidencia também, que o fato de o Congresso apresentar novas normas, que buscam regulamentar a questão, reforça a adequação da liminar proferida, bem como a impropriedade do sistema até então praticado.

Com a submissão do caso ao Judiciário e com a concessão da tutela, o Legislativo buscou acomodar os apontamentos judiciais, pela via do diálogo institucional. Ao peticionar no feito, procurou validar os avanços normativos que caminhavam em direção ao pretendido pela Corte, buscando assegurar, em certa medida, a transparência e a publicidade, anotadas pelo STF como essenciais.

¹⁰⁶⁴ “CONSIDERANDO a medida cautelar deferida nos autos das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 850, 851 e 854, referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em julgamento virtual realizado nos dias 9 e 10 de novembro de 2021;” ATO CONJUNTO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL Nº 1, DE 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/119895056/Ato+Conjunto+das+Mesas+1+de+2021/28e48918-667e-4d76-a9aa-43ab53f376a7>

¹⁰⁶⁵ “CONSIDERANDO a necessidade de dar cumprimento à decisão judicial e garantir maior publicidade e transparência à execução orçamentária das despesas classificadas com o indicador de Resultado Primário (RP) 9 (despesa discricionária decorrente de emenda de relator-geral) das Leis Orçamentárias Anuais de 2020 e 2021;” ATO CONJUNTO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL Nº 1, DE 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/119895056/Ato+Conjunto+das+Mesas+1+de+2021/28e48918-667e-4d76-a9aa-43ab53f376a7>

¹⁰⁶⁶ “CONSIDERANDO que as Leis Orçamentárias Anuais de 2020 e 2021 foram aprovadas pela maioria dos membros de ambas as Casas do Congresso prevendo a alocação de recursos para despesas classificadas com o indicador de Resultado Primário (RP) 9, de forma a conferir-lhe legitimidade democrática e jurídica;” Ato conjunto das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/119895056/Ato+Conjunto+das+Mesas+1+de+2021/28e48918-667e-4d76-a9aa-43ab53f376a7>

¹⁰⁶⁷ ADPF 850/DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 8.

Como já observado, aderindo ao argumento dos professores Marcelo Cattoni e Almir Megali, o Congresso poderia ter sustentado a constitucionalidade das práticas vinculadas às emendas de relator, mas não o fez.¹⁰⁶⁸

Ainda nesse ponto, vale indicar o registro da ministra Rosa Weber registra em seu voto, informando que, ao chegar ao STF, na manhã do dia 14.12.2022, data em se iniciaria a votação de mérito das ADPFs,¹⁰⁶⁹ recebeu ofício do Presidente do Congresso Nacional, noticiando a apresentação de um Projeto de Resolução relacionado as emendas de relator-geral.

A última norma do Parlamento, vinculada ao tema, de acordo com a tabela cima, havia sido editada no exercício legislativo anterior, em 03.12.2021, quando foi requisitada ao STF a reforma da tutela concedida.

Em 16/12/2022, entre as sessões de julgamento em que os ministros proferiram seus votos,¹⁰⁷⁰ o Presidente do Congresso Nacional informou, nos autos processuais, a aprovação da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 2022,¹⁰⁷¹ definindo critérios de distribuição das emendas RP 9.¹⁰⁷²

Resumindo, os atos normativos elaborados pelo Parlamento, para regulamentar as emendas de relator, foram aprovados logo após a tutela deferida pela Corte ou durante o julgamento do mérito das ADPFs, impulsionados, então, pela atuação judicial.

Conforme dados coletados para esse trabalho, no período compreendido entre 08.05.2021 (data da veiculação da primeira reportagem acerca do “esquema do orçamento secreto”) e 21.12.2022 (data de promulgação da Emenda Constitucional nº 126, de 2022), por meio da pesquisa avançada por assunto, buscando pelas locuções “emenda de relator-geral”, “emenda de relator”, “emenda orçamentária” e “RP 9”, não foram encontrados projetos, de qualquer tipo, apresentados pelos parlamentares, no Senado Federal, na Câmara dos Deputados ou no Congresso Nacional, ressalvados os já citados no quadro de principais acontecimentos vinculados ao caso do “orçamento secreto”.

¹⁰⁶⁸ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. 28.12.2022. p. 3.

¹⁰⁶⁹ Em 07.12.2022, ocorreu a primeira sessão de julgamento das ADPFs com a leitura do relatório e as sustentações orais. A votação se iniciou apenas na sessão de 14.12.2022.

¹⁰⁷⁰ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/analise/com-atraso-do-julgamento-no-stf-congresso-acelera-reformulacao-de-orcamento-secreto-08122022>

¹⁰⁷¹ <https://legis.senado.leg.br/norma/36606999>

¹⁰⁷² ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 22.

Como descrito já descrito nesse trabalho (capítulo 1), a interação tem a capacidade de modificar cenários e construções que não estavam em vias de acontecer e acabam se concretizando em razão da interação entre Corte e Congresso.¹⁰⁷³ Pode-se afirmar, com alguma segurança, que o Congresso não pretendia tomar medidas legislativas para tornar essas emendas de relator mais claras,¹⁰⁷⁴ vez que não o fez quando a questão foi apresentada pela imprensa, com contornos de escândalo de corrupção (em 08.05.2021) e, também, não houve alteração no cenário parlamentar com as apurações e apontamentos realizados pelo TCU, antes da provocação do Judiciário.

Contudo, a atuação do STF, com a concessão da tutela, mudou a configuração de forças. O Legislativo respondeu à decisão judicial, não de forma a afrontá-la, mas para considerar, com mais seriedade, os princípios constitucionais vinculados à temática, elencados como substanciais pela Corte.^{1075_1076}

b) A reconsideração da tutela proferida

Na tabela apresentada é possível observa que, logo após a concessão da tutela pelo Supremo, como já relatado, o Congresso, não só expediu os atos normativos que sinalizavam uma consideração ao posicionamento do Tribunal, assumindo uma postura de diálogo, como requisitou a reforma da de alguns aspectos da decisão, inclusive o que concerne à suspensão da execução dos recursos ligados às emendas de relator.

Esse pleito foi atendido pelo STF, que cedeu diante dos argumentos oferecidos pelo Congresso, liberando o uso das verbas.

Nesse conjunto, conforme já sustentado nos capítulos anteriores, após a decisão judicial, os canais de diálogo entre os Poderes devem permanecer

¹⁰⁷³ MENDES, C. H. 2008. p. 130.

¹⁰⁷⁴ Conforme pesquisa realizada para esse trabalho, no período compreendido entre 08.05.2021 e 21.12.2022, não foram apresentados projetos, de qualquer tipo, pelos parlamentares, no Senado Federal, na Câmara dos Deputados ou no Congresso Nacional, ressalvados os já citados no quadro de principais acontecimentos vinculados ao caso do “orçamento secreto”.

¹⁰⁷⁵ HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. 1997. p. 96-98.

¹⁰⁷⁶ Nessa circunstância, é oportuno recuperar também outro argumento, inserido nas vertentes que apostam nos Diálogos como uma realidade, já apresentado nos capítulos iniciais, a noção de que o Judiciário teria a função de garantir que os agentes envolvidos no processo legislativo levem a sério os valores constitucionais, tendo a capacidade de compelir esses poderes a reconsiderar suas escolhas, de modo a contemplar devidamente esses preceitos fundamentais. Essa visão considera que os agentes políticos são capazes de levar em conta, nas suas escolhas, valores constitucionais e reconhece uma maior área para que as autoridades não-judiciais resolvam questões constitucionais. BATEUP, C. 2006. p. 1128-1131.

abertos,¹⁰⁷⁷ possibilitando o refinamento do debate, e a consideração mútua de razões.¹⁰⁷⁸

A conduta do Congresso acabou alterando a decisão do Supremo que, diante da interlocução com o Legislativo e da ciência mais direta dos problemas que o contingenciamento dos recursos poderia gerar, recuou e liberou o uso dos valores retidos.¹⁰⁷⁹

c) A Emenda Constitucional 126, 2022

Cumprir registrar, ainda, que, após a decisão de mérito do Supremo, conforme se vê na tabela supra, se apresenta uma nova rodada procedimental. As ações parlamentares se direcionaram, em grande parte, para reorganizar a distribuição dos recursos vinculados às emendas de relator na estrutura orçamentária.¹⁰⁸⁰

Nesse sentido, para o orçamento de 2023, muitos dos valores inicialmente destinado às emendas de relator foram realocados e transferidos para emendas orçamentárias impositivas,¹⁰⁸¹ sob o comando do Legislativo.^{1082_1083}

¹⁰⁷⁷ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4583.

¹⁰⁷⁸ GODOY, M. G. 2017. Locais do Kindle 4788.

¹⁰⁷⁹ ADPF 850/ DF, ADPF 851/DF, ADPF 854/DF e ADPF 1.014/DF, relatora Ministra Rosa Weber, julgamento finalizado em 19.12.2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 8.

¹⁰⁸⁰ “O relator-geral do Orçamento de 2023, senador Marcelo Castro (MDB-PI), disse no início da tarde de 2ª feira que priorizaria as emendas de comissão ao realocar os R\$ 19,4 bilhões reservados para emendas de relator. Como mostrou o Poder360, o presidente do Senado, Rodrigo Pacheco (PSD-MG), elaborou uma proposta para direcionar metade dos recursos que seriam das emendas de relator para emendas individuais impositivas. A ideia é incluir esse dispositivo na PEC. A medida será apresentada a Haddad na reunião. Na prática, a proposta aumentaria os recursos à disposição do Congresso em relação a 2022. Leia mais no texto original: (<https://www.poder360.com.br/congresso/camara-quer-substituto-para-emendas-de-relator-em-troca-de-pec/>)

¹⁰⁸¹ De acordo com Nota Explicativa da CMO, posterior a decisão do STF e a EC 126, de 2022, cada Deputado ou Senador contará, respectivamente, com R\$ 32,1 e R\$ 59,0 milhões de emendas individuais na LOA 2023. Acesso em 10.04.2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/noticias/nota-explicativa-sobre-emendasindividuais-apos-a-emenda-constitucional-no-126-22>.

¹⁰⁸² “Dada a restrição à apresentação de emendas de relator, abre-se caminho para que as emendas das comissões legislativas assumam, com a adoção de parâmetros de equidade e proporcionalidade, papel de maior protagonismo no âmbito do processo de apreciação do PLOA, fortalecendo o planejamento setorial na definição de projetos prioritários e o vínculo planejamento-orçamento.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 3.

¹⁰⁸³ “As indicações das emendas impositivas (individuais e bancada estadual) são tradicionalmente observadas pelo Executivo. Quanto às emendas de relator, o STF esclareceu que as indicações de beneficiários formuladas pelo Relator-Geral, no que tange à execução das programações incluídas nos orçamentos de 2021 e 2022, não têm caráter vinculante, o que se conforma com o sentido usual da expressão no âmbito do processo legislativo, ou seja, proposições por meio das quais o parlamentar sugere a outro Poder a adoção de providência ou a realização de ato administrativo ou de gestão¹⁹. O afastamento do caráter vinculante das indicações políticas é compatível com a exigência de que a execução de programações nacionais atenda critérios institucionais atinentes aos programas e projetos de cada Ministério.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 12.

E, para viabilizar esse aporte maior de valores nessa modalidade de emenda parlamentar, a Emenda Constitucional nº 126, de 2022¹⁰⁸⁴ ampliou o limite de recursos¹⁰⁸⁵ que poderiam ser destinados às emendas de natureza impositiva.^{1086,1087}

Retomaremos a relação entre a aprovação da Emenda Constitucional e a Teoria dos Diálogos no tópico “3.5.5. Quem ganhou? Corte ou Parlamento? Por outros meios”.

3.5.3. Da PEC à Emenda Constitucional

A Emenda Constitucional em questão, oriunda da PEC 32, de 2022, tinha o objetivo inicial de viabilizar a transição de Governos, no âmbito federal, facilitando o ajuste orçamentário pretendido pelo novo chefe do Executivo, que assumiria a presidência em 2023.¹⁰⁸⁸ Com uma redação compatível com esse propósito, a PEC foi apresentada em 29.11.2022¹⁰⁸⁹ e aprovada, pelo Senado, em 07.12.2022.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁴ Art. 166, § 9º, CF. As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto, observado que a metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

¹⁰⁸⁵ “A EC nº 126/2022 ampliou o limite das emendas individuais para 2% da RCL, a partir de 2023, corrigido pelo IPCA. Diante da declaração pelo STF da incompatibilidade com a ordem constitucional das práticas orçamentárias consistentes no “uso indevido das emendas do Relator-Geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas”, metade do valor reservado às emendas de relator do tipo RP-9 no PLOA 2023 foi transposto para as emendas individuais.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 10-11.

¹⁰⁸⁶ A EC 126, de 2022 também ampliou os restos a pagar provenientes de emendas parlamentares. Nos termos da nova redação do Art. 166, § 17, CF, poderão ser considerados para fins de cumprimento da execução financeira até o limite de 1% da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto de lei orçamentária no caso das emendas individuais e de 0,5% para as emendas de bancadas estaduais e do Distrito Federal. A Constituição Federal estabelecia os respectivos limites de 0,6% e 0,5%.

¹⁰⁸⁷ “O montante elevado de recursos destinado às emendas individuais sugere a necessidade de aperfeiçoamento por parte do Executivo dos mecanismos voltados a organizar e conciliar o conjunto de iniciativas com os indicadores locais e com as políticas setoriais, prevenindo redundâncias, omissões e distorções alocativas no atendimento dos municípios.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 11.

¹⁰⁸⁸ “Vale observar que a PEC nº 32/2022 (PEC da Transição) foi protocolada no Senado Federal em 29/11/2022, com o propósito de flexibilizar o Teto de Gastos para viabilizar a manutenção do benefício mínimo do Auxílio Brasil / Bolsa Família em R\$ 600, além da concessão de benefício adicional para famílias com crianças de até 6 anos, além de permitir maior espaço fiscal para o atendimento de despesas necessárias ao orçamento de 2023. Em 8/dez/2022, a PEC foi aprovada no Senado Federal, com algumas alterações, elevando-se o teto em R\$ 145 bilhões e mantendo-se as despesas com o programa de transferência de renda no Teto de Gastos. Outras alterações (exclusões do teto) permitiram aumentar a margem fiscal na versão final da EC nº 126/2022.” Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional (“Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023”). p. 10.

¹⁰⁸⁹ <https://www.jota.info/legislativo/pec-da-transicao-e-apresentada-com-bolsa-familia-fora-do-teto-ate-2026-28112022>

¹⁰⁹⁰ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155248>

Após a aprovação no Senado, a proposta de emenda foi enviada à Câmara dos Deputados¹⁰⁹¹ e lá sua redação foi modificada,¹⁰⁹² incluindo as alterações que viabilizariam a realocação de recursos, ou seja, parte das verbas disponíveis para emendas de relator passariam a estar vinculadas as emendas parlamentares impositivas.¹⁰⁹³

A redação final, com esses acréscimos, foi aprovada na Câmara, em 21.12.2022¹⁰⁹⁴ e foi devolvida ao Senado, para que deliberasse acerca das mudanças.¹⁰⁹⁵ Os senadores aprovaram a nova redação, no mesmo dia (21.12.2022),¹⁰⁹⁶ ocorrendo, inclusive, na mesma data, a promulgação do ato. Numa frase, o texto da PEC foi aprovado (em segundo turno de votação) na Câmara dos Deputados, enviado ao Senado Federal, teve as alterações aprovadas pelos senadores e foi promulgado, tudo no mesmo dia, 21.12.2022.

Sem desconsiderar a existência de outros interesses envolvidos na aprovação dessa Emenda Constitucional,¹⁰⁹⁷ - ¹⁰⁹⁸ é digna de nota a alta velocidade na materialização dessa norma, que tinha como uma de suas funções, permitir que os recursos em debate fossem redirecionados.¹⁰⁹⁹

Retomaremos a relação entre a PEC e a Teoria dos Diálogos no tópico “3.5.5. Quem ganhou? Corte ou Parlamento? Por outros meios”.

¹⁰⁹¹ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2341862>

¹⁰⁹² <https://exame.com/brasil/pec-de-transicao-e-aprovada-na-camara-em-segundo-turno-e-abre-caminho-para-novo-teto/>

¹⁰⁹³ Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2229385&filename=Tramitacao-PEC%2032/2022%20\(Fase%201%20-%20CD\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2229385&filename=Tramitacao-PEC%2032/2022%20(Fase%201%20-%20CD))

¹⁰⁹⁴ Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2229385&filename=Tramitacao-PEC%2032/2022%20\(Fase%201%20-%20CD\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2229385&filename=Tramitacao-PEC%2032/2022%20(Fase%201%20-%20CD))

¹⁰⁹⁵ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155594>

¹⁰⁹⁶ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/21/senado-confirma-mudancas-da-camara-e-aprova-pec-da-Transicao>

¹⁰⁹⁷ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/12/21/congresso-promulga-pec-que-amplia-teto-de-gastos-por-1-ano-e-permite.ghtml>

¹⁰⁹⁸ <https://www.jota.info/legislativo/camara-aprova-em-segundo-turno-pec-da-transicao-com-valor-de-r-168-bilhoes-21122022>

¹⁰⁹⁹ O texto havia sido aprovado na Câmara horas antes de ser aprovado pelo Senado Federal. <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/12/5060829-entenda-o-texto-da-pec-da-transicao-promulgado-pelo-congresso.html>

3.5.4. E as emendas de relator de indicador RP 9?

Por seis votos a cinco, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade das emendas do relator geral de indicador RP 9 com a extensão que lhes havia sido atribuída pelo Congresso e pela Presidência da República.¹¹⁰⁰

Em outras palavras, as emendas do relator continuam a ser parte integrante do ciclo orçamentário, porém, devem restringir-se a corrigir eventuais erros e omissões de ordem técnica ou legal, bem como à organização sistemática das despesas conforme suas finalidades, não contemplando, portanto, a inclusão de novas despesas ou programações na peça orçamentária.¹¹⁰¹⁻¹¹⁰²

3.5.5. Quem ganhou? Corte ou Parlamento? “Por outros meios”

Essa pergunta revela uma forma de encarar o debate, potencialmente vinculada ao modo adversarial e com um recorte temporal limitado. Para a Teoria do Diálogos, a avaliação das questões interinstitucionais tende a ser profunda, complexa e se alongar no tempo.¹¹⁰³ Desse modo, a avaliação se desloca o resultado (que é provisório) para o processo de decisão, abarcando os atos que o antecedem, bem como os atos que o precedem. Deixa-se de lado a pergunta “quem ganhou” para se debruçar acerca da questão de “como a relação se deu.”

A atuação do relato-geral do orçamento na elaboração da peça orçamentária remonta, como pontuado ao longo da pesquisa, à outras discussões e rodadas que

¹¹⁰⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NETO, Almir Megali. **O desfecho do julgamento do orçamento secreto no Supremo Tribunal Federal.** Conjur, 28.12.2022. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-28/megali-cattoni-desfecho-julgamento-orcamento-secreto>

¹¹⁰¹ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 3-4.

¹¹⁰² Como apontado na nota de rodapé 86, a normatividade ou o posicionamento judicial nem sempre são suficientes para coibir uma prática reiterada. Assim, novos embates e debates podem surgir em torno da mesma questão.

¹¹⁰³ MENDES, C. H. 2008. p. 44.

antecedem o caso em foco.¹¹⁰⁴ Então, não é de se esperar que essa seja uma rodada procedimental definitiva.¹¹⁰⁵

De toda forma, alguns pontos que tangenciam a indagação (“Quem ganhou?”) contribuem para o objeto desse trabalho. O que estava em jogo nas ADPFs avaliadas pelo STF? A pergunta importa. Marcelo Cattoni e Almir Megali sustentam, e a eles nos juntamos, que

“o que estava em jogo era saber se os procedimentos legislativos e executivos relativos às emendas do relator do projeto de lei orçamentária anual eram ou não compatíveis com os princípios republicanos da transparência e do controle social dos gastos públicos, bem como com os preceitos fundamentais que regem o devido processo legislativo orçamentário.”¹¹⁰⁶

Assumindo que o direcionamento do debate estaria compreendido nessa reflexão, sustentamos que o Parlamento pode ter se acomodado à decisão do Supremo.

A acomodação, conforme descrito no capítulo 2, envolve a movimentação do processo legislativo sem se confrontar diretamente a posição judicial. No episódio do “orçamento secreto”, o Congresso movimentou seu aparato legislativo em quatro oportunidades.

Nas três primeiras, elaborou as Resoluções Legislativas¹¹⁰⁷ sinalizando alguns ajustes em aspectos apontados pelo Supremo como sendo incompatíveis com os preceitos que regem o sistema de orçamento público no Brasil. Na quarta oportunidade, após a decisão de mérito, alterou o texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional 126, de 2022.

¹¹⁰⁴ “Já há alguns meses a polêmica envolvendo o “orçamento secreto” e, mais recentemente, os repasses de verbas públicas, têm ocupado as atenções da mídia, e vê-se estarmos diante do retorno à superfície de um antigo problema que nunca deixou de existir, justamente por estar no âmago dessa instrumentalização da disputa pelos recursos públicos. Um problema tão antigo quanto o orçamento, e não tenham dúvidas de que surgiram simultaneamente. E o mais amplo possível no espectro político, não deixando inocentes em nenhuma vertente ideológica.” José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

¹¹⁰⁵ “Os avanços obtidos nos últimos anos no combate à corrupção, na imposição de uma cultura de ética e integridade nos setores público e privado, no Brasil e no mundo, com o aperfeiçoamento constante da legislação brasileira nesse campo, não pode deixar de focar seus esforços no ainda necessário aperfeiçoamento do processo orçamentário, onde sempre esteve concentrada uma verdadeira guerra na disputa por dinheiro e poder.” José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

¹¹⁰⁶ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 1.

¹¹⁰⁷ Ato Conjunto nº 1/2021, das Mesas da Câmara e do Senado; Resolução nº 2/2021, do Congresso e Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 2022.

A Emenda Constitucional reconfigurou diversos elementos do sistema orçamentário e, como já referenciado, ampliou o volume de recursos que podem ser destinados às emendas parlamentares impositivas e permitiu a transferência de parcela dos recursos das emendas de relator para essa outra categoria de emenda orçamentária.¹¹⁰⁸

Desse modo, permitiu, ao que parece, que os propósitos do Congresso (ou parte deles) fossem atingidos, ainda que por vias diversas, sem incidir, em princípio, nos problemas de inconstitucionalidade indicados pela Corte.

O Legislativo tinha muitas escolhas diante de si,¹¹⁰⁹ desde defender a constitucionalidade da prática tal como vinha se dando até a alteração do Texto Maior para constitucionalizar os poderes amplos do relator-geral, que poderiam ou não vir com o plus da impositividade¹¹¹⁰ para esse tipo de emenda orçamentária.¹¹¹¹

A rota de não confrontar diretamente a decisão da Corte, embora possa constituir um comportamento simulado, acobertando uma superação indireta da posição do Tribunal, conforme já sustentado nos capítulos anteriores, ainda assim, seria uma escolha do Legislativo, uma opção de não se contrapor frontalmente a tese firmada pelo Judiciário, quando poderia fazê-lo.

Nesses termos, o Congresso, ao movimentar o processo legislativo de forma a não desafiar diretamente a tese do STF, escolhe uma via, entre uma diversidade de opções, para travar a relação institucional. Junto com o resultado da resposta legislativa (tanto o resultado pretendido, quanto o resultado atingido), esse elemento (escolha de uma via) também compõe o processo de interação entre os poderes e integra o Diálogo Interinstitucional.

No cenário pós-emenda constitucional, os congressistas continuaram a dispor uma parcela significativa desses valores que estava reservado às emendas de relator, mas, agora, lotados em outros tipos de emendas orçamentárias, que se são

¹¹⁰⁸ “O Orçamento 2023 também contempla a destinação de metade das emendas RP9 para emendas individuais dos parlamentares, que passam de R\$ 11,7 bilhões para R\$ 21,5 bilhões.” Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/22/cmo-aprova-destinacao-de-metade-das-emendas-rp9-para-cinco-ministerios>

¹¹⁰⁹ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-baiao/como-o-centrao-se-prepara-para-manter-as-emendas-do-relator-em-2023-27092022>

¹¹¹⁰ O ministro André Mendonça, em seu voto, recorreu ao recurso de apelo ao legislador (técnica de decisão, componente do sistema constitucional alemão), no intuito de tentar evitar que os congressistas tornassem as emendas do relator também impositivas. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹¹¹ Se essa escolha sobreviveria ou não à uma possível rodada procedimental questionando sua constitucionalidade junto ao STF, é uma outra questão, que comporta inúmeras variáveis.

impositivas¹¹¹² e não sofre contingenciamento por parte do Poder Executivo, também tem regras já postas que, em alguma medida, contemplam a transparência, a publicidade e a proporcionalidade.

Em suma, os parlamentares continuaram no comando dessas verbas em discussão, mas sujeitos, em tese, a limites compatíveis com os preceitos constitucionais.

Vale esclarecer, ainda, que uma parte dos recursos que anteriormente estavam abarcados pelas emendas de relator, continuaram compondo essa mesma categoria orçamentária. Essas verbas, teoricamente, não poderão ser manejadas como eram (sem preencher os comandos constitucionais) e deverão ter suas práticas harmonizadas com a decisão do Supremo.¹¹¹³

Esse é um contexto intrincado e admite várias leituras divergentes. Ainda assim, levando em conta a ponderação de Marcelo Cattoni e Almir Megali, já exposta, acerca do que estava em jogo durante o julgamento,¹¹¹⁴ arriscamos dizer que Constituição saiu mais forte, com seus princípios e institucionalidade mais marcados.¹¹¹⁵ Sai, igualmente visibilizada, a luta, que deve ser constante e na qual todos os partícipes da construção do sentido constitucional devem estar envolvidos,¹¹¹⁶ do combate às vulnerabilidades do sistema orçamentário, que permitem o desvirtuamento na destinação dos recursos orçamentários.

Num panorama diferente, outra leitura possível é a de que o Legislativo jogou bem. Embora tenha sido compelido, pela interferência do Supremo, a escolher outros

¹¹¹² “As emendas parlamentares, instrumentos pelos quais o Parlamento formaliza e viabiliza as intenções de modificar o orçamento, vêm sendo objeto de intensa atenção e regramento nos últimos anos. As lutas pelo alcunhado “orçamento impositivo” tiveram como origem a insatisfação dos parlamentares com a não execução das ações governamentais contempladas com recursos inseridos no orçamento por meio das referidas emendas, o que sempre lhes causava desgaste com um “segundo tempo” na batalha orçamentária, pois, além de conseguir a inclusão na lei orçamentária, exigia esforço para, na fase de execução do orçamento, liberar os recursos, o que no mais das vezes envolvia barganhas políticas e subserviência a interesses do Poder Executivo. Isto resultou em uma sucessão de alterações constitucionais que institucionalizaram o “orçamento impositivo” para as emendas parlamentares, que passaram a ser de execução obrigatória, mitigando os desgastes no “segundo tempo” da guerra pelos recursos públicos do orçamento.” CONTI, J. Jota. 2021.

¹¹¹³ Para uma avaliação desse aspecto, ver a Nota Técnica 1, de 2023, da CONOF (Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira) da Câmara dos Deputados.

¹¹¹⁴ OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 1.

¹¹¹⁵ “Com a declaração da inconstitucionalidade da amplitude conferida às emendas do relator do projeto de lei orçamentária anual pelo STF, o que se assistiu foi o reforço da Constituição.” OLIVEIRA, M. C. NETO, A. M. Conjur, 28.12.2022. p. 3.

¹¹¹⁶ CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

¹¹¹⁶ FARIA, R. O. 2022. p. 20-21.

meios, terminou por ampliar o montante de recursos de natureza impositiva a serem manejados pelos parlamentares em 2023.^{1117_1118_1119}

Por fim, se mostra imperioso o acompanhamento das movimentações do Legislativo e do Executivo, no exercício fiscal de 2023, para se ter uma dimensão mais apropriada dos instrumentos que serão utilizados em substituição (ou não) das práticas, declaradas inconstitucionais, no esquema do “orçamento secreto” e das possíveis rodadas procedimentais que se seguirão.^{1120_1121}

3.6. Conclusão

Os estudos empíricos, na área de Diálogos Constitucionais, defendem que não há como escapar de fluxos e refluxos nas performances institucionais. E destacam, também, que os equilíbrios nessas relações entre os poderes são instáveis, sujeitos a reajustes constantes.¹¹²²

O estudo de caso demonstra a ocorrência de diversas etapas deliberativas entre Legislativo e Judiciário, que se iniciam e se encerram, sucessivamente. Observa-se, também, uma complexa interação entre os poderes, em que argumentos são lançados e considerados de parte a parte, escolhas são realizadas e novas rodadas procedimentais inauguradas. Em suma: decisões foram tomadas e são obrigatórias, mas não definitiva.¹¹²³

Na relação travada entre Congresso e STF, no caso do “orçamento secreto”, não se verificou um Tribunal hegemônico e silenciador do Legislativo, mas sim um

¹¹¹⁷ “Mas o mais importante: todos, deputados e senadores, saíram vencendo e no lucro com esse arranjo. Começam 2023 com muito mais dinheiro garantido do que tinham antes do que foi amplamente visto como uma operação de Lula com o Supremo para eliminar as emendas de relator... Leia mais no texto original: (<https://www.poder360.com.br/congresso/congresso-promulga-emenda-no-126-que-libera-r-170-bi-fora-do-teto/>)

¹¹¹⁸ <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2023-03-13/congresso-tera-orcamento-recorde-de-emendas-no-governo-de-lula.html>

¹¹¹⁹ Nessa linha, a posição judicial, pode ter contribuído para um efeito não previsto, nem intencional, qual seja, a ampliação do aporte de recursos a ser percebido por cada parlamentar. Esse poderia ser apontado como um dos efeitos sistêmicos da decisão judicial. Recuperando esse argumento, considerado em nosso capítulo 1, descritivamente, as manifestações dos magistrados têm a capacidade de produzir resultados não previstos pela Corte e que podem causar efeitos de várias ordens. No caso em análise, esse argumento deixa de lado considerações acerca da transparência ou publicidade a que esses recursos, apesar de mais volumosos, estariam submetidos.

¹¹²⁰ <https://exame.com/brasil/entenda-como-governo-lula-reciclou-a-pratica-do-orcamento-secreto/>
<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2023/03/15/governo-lula-usa-modelo-sem-transparencia-para-repasses-indicados-pelo-congresso.htm>

¹¹²¹ <https://oglobo.globo.com/opiniao/editorial/coluna/2023/03/lula-manteve-opacidade-no-orcamento.ghtml>

¹¹²² MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008. p. 188.

¹¹²³ MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008. p. 195.

Parlamento que dispõe de instrumentos institucional, para defender seus interesses, ora acatando, ora contornando, ora combatendo (ainda que indiretamente) a decisão da Corte.

Conclusão

A noção de primazia das Cortes, que admite que o Judiciário ocupe lugares reservados às instâncias representativas, parece carecer, entre outros aspectos, da perspectiva de continuidade.

Pelos caminhos trilhados nessa pesquisa, observa-se que, nem a palavra judicial, nem a deliberação do Legislativo, possuem o dom da definitividade. Existe campo para que o Parlamento atue e dispute espaços com um Judiciário capacitado para agir, mas não hegemônico e superior aos demais poderes.

Essa leitura, baseada nos Diálogos Constitucionais, insere o elemento temporal na relação entre os poderes e, com isso, observa a ocorrência de múltiplas rodadas decisórias na busca de se definir o sentido da Constituição. Essa concepção retira a separação de poderes de um cenário estanque e enfatiza o caráter interinstitucional, que viabiliza a coexistência de Parlamentos e Cortes, sem que se tenha que escolher necessariamente um ou outro.¹¹²⁴

A chave utilizada, nesse trabalho, para dimensionar o diálogo entre o Parlamento e a Corte foi a resposta legislativa. Assim, avaliamos as modalidades de resposta legislativa que o Congresso Nacional tem oferecido às decisões do STF.

Para a observação pretendida, a atividade legislativa foi agrupada em três categorias (inércia legislativa, acomodação legislativa e superação legislativa), todas utilizadas pelo Parlamento, com amparo no desenho constitucional, como formas válidas de responder às decisões judiciais.

Os exemplos trabalhados demonstraram a capacidade do Congresso Nacional de superar decisões da Corte, possibilitando localizar também na arena política o debate constitucional. Mas essa não é a única forma de interação entre o Parlamento e o Supremo, a acomodação e a inércia também são escolhas válidas de que os legisladores se utilizam.

A categoria da acomodação envolve a positivação, ou seja, a movimentação do processo legislativo que se relaciona com a decisão judicial, sem confrontar diretamente a posição do Tribunal.

¹¹²⁴ MENDES, C. H. 2011. p. 162

Já a categoria de inércia legislativa, envolve as situações em que, posta a tese judicial, o Parlamento opta por não movimentar o processo legislativo, nem para, de alguma forma, positivar aquela decisão, nem para confrontá-la, substituindo o entendimento do Judiciário por outro que considere mais adequado.

Da conjuntura observada ao longo do trabalho, pode-se concluir que, na realidade brasileira, Congresso e STF convivem, ao menos em questões de alta voltagem política, se influenciando reciprocamente, numa interação que tem complexidades e variações.

Enfim, no caso do “orçamento secreto”, não se verificou um Tribunal hegemônico e silenciador do Legislativo, mas sim um Parlamento disposto a atuar, a defender interesses e com espaço institucional para interagir com a decisão da Corte.

Espera-se que o trabalho contribua de alguma maneira para uma melhor compreensão das possibilidades de resposta do Congresso Nacional diante de uma tese firmada pelo STF e da relevância desse tipo de diálogo para uma construção constitucional sólida.

Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais.2020

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, p. 5-34. Rio de Janeiro: Iesp/Uerj, 1988.

ACKERMAN, Bruce. **The rise of word constitutionalism**. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n.3, 1997.

_____. **“The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”**, Yale Law Journal, v. 93, 1984.

ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; NUNES, Felipe. **De lá para cá** - As condições e as instituições da democracia depois de 1988. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara. Democracia Brasileira, Balanço e perspectivas para o século 21. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. Sistema político brasileiro: uma introdução/Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 29 a 66.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. São Paulo: Revista Direito GV, v. 12, n. 2, 405-440, 2016.

ARAÚJO, Mateus Morais. **Comportamento Estratégico no Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2017.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília: setembro - dezembro de 2014, pp. 69-94. Acesso em 04.03.2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/nVfCQd8qFdNGB6KDJpbYdFp/?lang=pt&format=pdf>

BAKER, Dennis. **Not quite supreme: the Courts and coordinate constitutional construction**. Canadá: McGill-Queen’s University Press, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e direito à justificativa.** Devido procedimento na elaboração normativa. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 173-202.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Acesso em: 08/08/2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2019. Edição do Kindle.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Brasília: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UNICEUBE, Volume 5 (número especial), 2015. P. 24-51.

_____. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013. p. 143-179.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERG**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 Brook. L. Rev. (2006).

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** IN: Lua Nova, v. 61, 2004.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BORGES, Clarissa Tatiana de Assunção. **Justificação da legislação na perspectiva da jurisprudência: princípios de avaliação e controle da legislação.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8MQJ47>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 3ª. ed. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. **Revista de Direito, Estado e Sociedade PUCRIO**. Rio de Janeiro: nº 38. 2011. p. 154 a 180.

_____. A Estrutura linguístico-discursiva inerente ao voto do Ministro Celso de Mello na ADO 26: Uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul: v. 3, n. 50, p. 154-170. 2021.

CARDINALI, Daniel Carvalho (2017). **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequência**. Dissertação (mestrado) em Direito. Rio de Janeiro: UFRJ. Acesso em 23 set. 2022. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4992792.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Rev. Sociol. Polit.** 2007, n.28, p.161-270.

CINTRA, Antônio Octávio; LEMOS, Leany Barreiro; LACOMBE, Marcelo Barroso; AMARAL, Ana Regina V. P. **O Poder Legislativo na Nova República: a visão da Ciência Política**. Sistema político brasileiro: uma introdução/Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 81-124.

CLÈVE, Clèmerson Melin. A democracia constitucional em período de tempestade. In: **Revista Jurídica do Paraná**, ano XV, vol 20. Curitiba: Editora Bonijuris, 2020. P. 157 a 174.

CLÈVE. Clèmerson Melin; CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4492, 19 out. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43664>. Acesso em: 31 mar. 2023.

COACCI, Thiago (2014). **Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012**. Dissertação (mestrado) em Ciência Política. Belo Horizonte: UFMG. Acesso em: 23 set. 2022. Disponível em: https://capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1338672

CONTI, José Maurício. **O 'orçamento secreto'**. Jota, 27.05.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/orcamento-secreto-federal-27052021>

CONTI, José Maurício. As emendas parlamentares, o 'orçamento secreto', a cooptação e corrupção na política. **Jornal da USP**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/fa5e70e83422-as-emendas-parlamentares-o-orcamento-secreto-a-cooptacao-e-corrupcao-na-politica>

CONTI, José Maurício. **Emendas parlamentares e eterna disputa pelo orçamento exigem aperfeiçoamentos**. Jota. 28.04.2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/emendas-parlamentares-e-eterna-disputa-pelo-orcamento-exigem-aperfeicoamentos-28042022>

COUTO, Cláudio Gomes; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, democracia e governo. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, Jun./ 2006.

CHUERI, Vera Karan; CASTILHO DE MACEDO, José Arthur; Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência** (Florianópolis), n. 80, p. 123-150, dez. 2018.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>.

DALARRI, Adilson Abreu. Lei orçamentária – Processo legislativo: peculiaridades e decorrências. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p.157-162, jan-mar 1996.

DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar a lei**. Introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. The moral reading of the american constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor – tradução Marcelo Brandão Cipolla – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério** – tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. **As Emendas de Relator-Geral do PLOA nas Normas Regimentais do Congresso Nacional**: Gênese, Configuração e Evolução Histórica. Brasília, 2022. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). XI Prêmio SOF de Monografias. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6928>

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madri: Trotta, 2003.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros dias. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues** – Interpretation as a political process. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005.

_____. **Dialogue and judicial review**. In: Michigan Law Review, V. 91, n. 4, p. 577/562, 1993.

_____. **Mediated Popular Constitutionalism**. In: Michigan Law Review, V. 101, aug./ 2003. p. 2.596-2.636.

_____. **Talking law seriously**. In: New York University Public Law and Legal Theory Working Paper, 2006.

_____. **The Will of the People**: How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009 (eBook).

GINSBURG, Tom. **The global spread of constitucional review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of law and politics. New York: Oxford University Press, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito, Curitiba, 2015.

_____. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Edição do Kindle. 2017.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um Constitucionalismo Difuso**: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição. 2 ed. Salvador: JusPodium, 2020.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. Constitucionalismo popular e democrático: uma boa ideia em contextos de autoritarismo crescente? Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2690-2731.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander (1993). Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In.: MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas**, 1787-1788: edição integral. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 478-487, Artigo LXXVIII.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Campinas: Russel Editora, 2003, verbete n. 78, p. 469/477.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? Curitiba: **Revista de Investigações Constitucionais da UFPR**. vol. 8, janeiro/abril 2021. p. 209-236.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. **The new constitution and the judicialization of pure politics worldwide**. Fordham Law Review, [s.l.], v. 75, n. 2, p.721-753, 2006.

_____. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Publicado originalmente como “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Acesso em 10.12.2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **The Charter dialogue between courts and legislatures** (or perhaps the Charter of Rights isn’t such a bad thing after all). The Osgoode Hall Law Journal, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997

ISSACHAROFF, Samuel. **The Democratic Risk to Democratic Transitions**. Constitutional Court Review (South Africa), Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-53, 2013. p. 14-20.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-155

_____. **A democracia**. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000, 2ª edição.

KRAMER, Larry. **The people themselves** – Popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

KRISTAN, Andrej. **Three Grounds for Tests of the Justifiability of Legislative Action**: Freedom, Representative Democracy, and Rule of Law. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, Ángel Daniel (ed.). *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Heidelberg: Springer, 2013.

KOZICKI, Katya. ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência** (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo**. Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEAL, Fernando. **“A Constituição diz o que eu digo que ela diz”**: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 99-143, jul./dez. 2018.

LEITE, Marcus Vinícius de Freitas Teixeira. **O discurso parlamentar como elemento de justificação no processo legislativo**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8MQJ47>. Acesso em: 25 ago. 2022.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto; GONÇALVES, Ítalo Reis. **Sobre separação de poderes e judicialização da política**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES, David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). *Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni*. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 161 – 182.

LIPKIN, Robert Justin. **Wich Constitution? Who decides?** The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*. v. 28: n. 3, p. 1093, 2006.

MACHADO, Maira Rocha. **O estudo de caso na pesquisa em direito**. In: MACHADO, Maira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. v. 1.

MARSHALL, Williem P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101/102, 2002.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. **Retirando as cadeiras do lugar**: migração partidária na Câmara dos Deputados: 1985-1998. Belo Horizonte, 1999. Dissertação (Doutorado em Ciências Humanas, Sociologia e Política, da Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 1999).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. p. 403 – 424. **UNICEUBE**, Volume 14 nº 1, 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. “**O projeto de uma corte deliberativa**”. In: Vojvodic, Adriana et al. (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 54 - 73.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Este artigo foi publicado primeiramente na Revista *Ajuris*, v. 53, p. 116, nov. 1991. Versão digital disponível na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Acesso em: 15 abr. 2022. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=230>.

_____. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Marcos. **Emendas Parlamentares e Controle do Orçamento pelo Legislativo: uma comparação do Brasil com países da OCDE**. p. 1-7 Acesso em 24.04.2023. Disponível em: <https://milleniumpapers.institutomillennium.org.br/paper/millennium-paper-emendas-parlamentares-e-controle-do-orcamento-pelo-legislativo.pdf>

MORAND, Charles-Albert. **Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation**. *Droit et société*, n. 10. 1988. p. 391-407.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London: Verso, 2000.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios Barber e MACEDO, Stephen. **American constitutional interpretation**. New York: Foundation Press, 2003.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: a contribuição de Manuel Atienza à racionalidade legislativa**. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 157-193, 2019a. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24474>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Teoria da legislação e argumentação legislativa:** Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Alteridade Editora, 2019b. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 6).

_____. **Análise econômica do processo legislativo:** a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira. Temas em direito e economia / coordenadores Armando Castelar Pinheiro, Antônio José Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. P. 297-349.

_____. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo.** 2021. Acesso em 24.03.2023.

NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun 2002. p. 67-84. Acesso em 14.03.2023. disponível em:
file:///C:/Users/tarci/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/T%C3%A1rcia/mestrado%20UFMG/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado/Textos%20tese/para%20ler/Direito%20Administrativo%20e%20Teoria%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20carvalhonetto.pdf

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição.** 2ª. Ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NETO, Almir Megali. **Orçamento secreto do Congresso em julgamento no Supremo Tribunal Federal.** *Conjur*, 6.12.2022. p. 1-5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-06/megali-cattoni-orcamento-secreto-stf>

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NETO, Almir Megali. **O desfecho do julgamento do orçamento secreto no Supremo Tribunal Federal.** *Conjur*, 28.12.2022. p. 1-5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-28/megali-cattoni-desfecho-julgamento-orcamento-secreto>

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 36, no 105, 2020. p. 2 – 20.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT no Brasil:** jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013. Acesso em: 23 set. 2022. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/backup-fev2018/cejus/publicacoes/publicacoes/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf/view

OLIVER-LALANA, Ángel Daniel. **Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates.** In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, Ángel Daniel

(ed.). *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Heidelberg: Springer, 2013. p. 135-184.

_____. **Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario**. *Doxa*, Alicante n. 31, p. 533-566, 2008. Acesso em: 15 ago. 2022. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-los-argumentos-de-eficacia-en-el-discurso-parlamentario>.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAZ, Anderson Barbosa. Judicialização da política e democracia: como o desenho institucional do constitucionalismo democrático importa. **Revista Vertentes do Direito**, João Pessoa, vol 08. n. 01, 2021, p. 94 – 109. Disponível em: <https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106>.

PIRES, Breno, SHALDERS, André e AFFONSO, Julia. **Orçamento secreto bilionário**. 08.5.2021. Disponível em <https://www.estadao.com.br/tudo-sobre/orcamento-secreto/>

PORTELA, Thiago Barreto. Fidelidade Partidária: Uma Análise Histórico-Dogmática perante o Ordenamento Jurídico brasileiro e jurisprudência do STF. **Suffragium. R. Trib. Reg. Eleit. do Ceará**. Fortaleza, v. 9, n. 15/16, jan./dez. p. 141-161. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/tarci/Downloads/jean,+Artigo+Fidelidade.pdf>

POST, Robert. **Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics**. *California Law Review*, vol 98, 2010.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic Constitutionalism**. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). *Constitution 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución e pueblo**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013.

_____. **Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy**. *California Law Review*, Vol. 92, No. 4 (Jul., 2004), pp. 1027-1043. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481316>.

_____. **Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power**. *Faculty Scholarship Series*, paper 182, 2002.

PRATES, Francisco de Castilho. **Constituição em disputa: notas a partir de uma Teoria Crítica da Constituição e da experiência estadunidense**. In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES, David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela (orgs.). *Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo do por vir e democracia sem espera: em homenagem a Marcelo Cattoni*. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022. p. 131 – 146.

_____. **Um ensaio sobre a relação geracional entre democracia e constitucionalismo**: algumas notas exploratórias. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2022.

PRATES, Francisco de Castilho; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. A FIFA, a Democracia e a Soberania: tensões e paradoxos. **Sequência** – PPGD UFSC, v. 36, n. 70, p. 211-233. Florianópolis, jun. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p211>

QUINTÃO, Thales Torres. Crise da democracia e inovações democráticas no legislativo: reflexões e tensões. Juiz de Fora: CSONline – **Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n. 30. 2019. p. 50-77.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**, Harvard University Press, 1971.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas**: O STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018 (Coleção Arquivos da Repressão no Brasil/coordenadora Heloísa M. Starling)

REIS, Claudio Araujo. **Cooperação, competição e o processo legislativo: sobre a proibição das facções em Rousseau**. KRITERION, Belo Horizonte, nº 151, Abr./2022, p. 169-189. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0003-4355-4903>.

ROACH, Kent. **Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures**. Canadian Bar Review, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001.

_____. **Dialogue or defiance**: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. International Journal of Constitutional Law. Issue 2. Abril de 2006.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho constitucional**. Madri: Tecnos, 1965.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51. 2004.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 138, p. 5-23, abr./jun. 1998

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **A Emenda Constitucional 96/2017 da "vaquejada" e a ADI 5.728/DF**. Acesso em 01.04.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-962017-vaquejada-adi-5728df>

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: del Rey, 2002

SANCHES, Osvaldo Maldonado. A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 131, p. 59-77, jul./set. Brasília: Senado Federal, 1996.

SANTOS, Lenir. MORETTI, Bruno. **Emendas parlamentares: para onde caminha o orçamento público?** Conjur, 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/opiniaio-emendas-parlamentares-onde-orcamento-publico>. Acesso em: 31 jan.2022.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**. In Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Acesso em: 04.03.2023. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº 02. 2013. p. 119-161.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Casamento e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo: vencer em juízo é mesmo tudo o que importa?** Acesso em 25.03.2022. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/295434/mod_resource/content/1/Coloquio_FD-USP-2013-06-24-Virgilio_Afonso_da_Silva-traduzido.pdf.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista De Direito Administrativo**, 250, 197–227. (2009). Acesso em 25.07.2022. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>

SILVA, Otávio Santiago Gomes da. Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). CSOnline – **Revista Eletrônica de Ciências Sociais** – nº 31 (2020). p. 533-554.

SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louse Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, pp. 45-78.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito, 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **O que é isto: decido conforme a minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRUCHINER, Noel. **Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico**. In: Sarmento, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books. 2005.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 04, p. 885-951, 2003.

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

TATE, C. Neal; TORBJORN, Vallinder. et al (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Editora Martins fontes. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

TREMBLAY, Luc. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. **Talking the Constitution away from the courts.** New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. **Non-judicial review.** In *Harvard Journal of Legislation*, v. 40. p. 453-492. 2003.

_____. **Weak courts, strong rights - judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?** Londres: Verso, 1996. Tradução livre. No original: "polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room".

VERMEULE, Adrian e GARRETT, Elizabeth. **"Institutional Design of a Thayerian Congress"**, *Duke Law Journal*, v. 50.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito FGV.** v. 04, N.º 02. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 442.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999a.

_____. **The dignity of Legislation.** Cambridge University Press. 1999b.

_____. **A essência da oposição ao judicial review.** In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Political Theory: Essays on Institutions.** London: Harvard University Press, 2016.

_____. **"The core of the case against judicial review"**, *Yale Law Journal*, v. 115, nº 6. p. 1.346-1.406. 2006.

_____. **Can there be a democratic jurisprudence?** NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35, 2008.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history.** Princeton: Princeton University Press, 2007.

Referências Legislativas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Acesso em: 20.02.2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008.** Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc57.htm

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022.** Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc126.htm#:~:text=Emenda%20Constitucional%20n%C2%BA%20126&text=Alterar%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20para,dos%20limites%20previstos%20no%20art.

BRASIL. **Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

BRASIL. **Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019.** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm

BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº 01 de 1970. **Regimento Comum do Congresso Nacional.** Brasília, DF: Congresso Nacional. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/97171143/RCCN.pdf/933b504d-a653-4df5-9329-d4f38c42f64f>

BRASIL. Congresso Nacional. **Resolução nº 2 de 2021.** Itera disposições da Resolução nº 01/2006-CN, para ampliar a transparência da sistemática de

apresentação, aprovação e execução orçamentária referente às emendas de relator-geral. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/35212493>

BRASIL. Congresso Nacional. **Resolução nº 1 de 2022**. Altera as disposições da Resolução nº 01/2006-CN, para ampliar a transparência da sistemática de apresentação das emendas de relator-geral, estabelecendo critérios de proporcionalidade e impessoalidade na aprovação e execução dessas emendas. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2022. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/36606999>

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 93 de 1970. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília, DF: Senado Federal. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17 de 1989. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1989. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>

BRASIL. **Ato conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2021**. Dispõe sobre procedimentos para assegurar maior publicidade e transparência à execução orçamentária das despesas classificadas com indicador de Resultado Primário (RP) 9 (despesas discricionárias decorrentes de emenda de Relator-Geral). Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Acesso em 05.01.2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/59501/119895056/Ato+Conjunto+das+Mesas+1+de+2021/28e48918-667e-4d76-a9aa-43ab53f376a7>

BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm

BRASIL. **Nota Técnica 1, de 2023, do Congresso Nacional**. Emendas de relator no processo orçamentário repercussão da decisão do STF - ADPF 850, 851, 854 e 1.014 e da EC nº 126/2023. p. 4. Acesso em 10.04.2023. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias#2022>

BRASIL. **Nota Explicativa da CMO**. Acesso em 10.04.2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cmo/noticias/nota-explicativa-sobre-emendasindividuais-apos-a-emenda-constitucional-no-126-22>.

Referências Jurisprudenciais

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856). Acesso em 15.12.2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>

Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/ADPF 132**. Relator(a): MIN. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJ 14-10-2011. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>

Supremo Tribunal Federal. **MS 20.927**, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994. Acesso em: 01.02.2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>

Supremo Tribunal Federal. **ADI 5081**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, (processo eletrônico dje-162 divulgação 18-08-2015 publicação 19-08-2015). Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 640**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2021. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5836739>

Supremo Tribunal Federal. **ADI 5728**, Relator(a): Min. Dias Toffoli. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>

Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.983**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06.10.2016. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 850/ DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2022. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 851/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2022. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 854/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2022. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>

Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.10.2022. Acesso em 25.02.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>