



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Graduação em Direito**

**O *BACKLASH* NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

Estudo de precedentes à luz do constitucionalismo dialógico

**ANDRÉ ROBERTO ALVES CHAGAS**

Brasília

2025

**André Roberto Alves Chagas**

**O *BACKLASH* NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

Estudo de precedentes à luz do constitucionalismo dialógico

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Professora Doutora Paula Pessoa Pereira.

Brasília

2025

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Doutora **Paula Pessoa Pereira**

Universidade de Brasília (UNB)

**Orientadora**

---

Professor Doutor **Luiz Henrique Krassuski Fortes**

Universidade de Brasília (UNB)

**Examinador**

---

Professor Doutor **José Arthur Castillo de Macedo**

Instituto Federal do Paraná (IFPR)

**Examinador**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Eli Roberto Chagas (*in memoriam*) e Neusa Francisca Alves Chagas, pelo amor e apoio incondicional que sempre me proporcionaram. Em especial à minha mãe, quem, ao assumir os ônus de mãe solo, continuou a me orientar e me incentivar a estudar durante os meus anos de ensino médio e meu período de graduação na Universidade de Brasília.

À minha irmã, Sofia Alves Chagas, pela amizade, cooperação e convivência contínua desde sempre.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito: Marcelo Cascaes, Vítor Carvalho, Daniel Monteiro, Matheus Mendonça, Malu Cavaignac, João Vitor e todos os demais com quem tive o prazer de conviver no ambiente universitário. Compartilhamos ótimos momentos dentro e fora das salas de aula, os quais tornaram a experiência da graduação mais leve e, ao mesmo tempo, mais enriquecedora.

Aos amigos que fiz durante o meu período de mobilidade acadêmica na Universidade de Liège: Miriam, Anita, Szandi, Jen, Hatice, Amanda, Nicolas, Elias, Miguel, Mireia, Beenzu. Tenho muito a lhes agradecer por tonarem mais fácil, calorosa e afetuosa a experiência de morar e estudar em um cidade tão distante e de clima frio.

À minha orientadora, Paula Pessoa, em razão das nossas conversas e reuniões, que foram muito úteis para que eu pudesse delimitar o meu objeto de pesquisa e tivesse uma compreensão um pouco mais clara sobre o constitucionalismo dialógico.

Sou muito grato também a todos aqueles que, durante o meu período de graduação, “abriram as portas” para que eu tivesse as primeiras experiências na prática jurídica por meio do estágio extracurricular.

Por fim, registro o meu agradecimento ao corpo docente e aos demais funcionários da Universidade de Brasília, sem os quais esta graduação não seria possível.

A todos, muito obrigado!

*“(...) Alguém não anda a cumprir o seu dever, não andam a cumpri-lo os governos, porque não sabem, porque não podem ou porque não querem; ou porque não lho permitem aqueles que efetivamente governam o mundo, as empresas multinacionais e pluricontinentais, cujo poder, abosultamente não democrático, reduziu a quase nada o que ainda restava do ideal da democracia. Mas também não estão a cumprir o seu dever os cidadãos que somos. Pensemos que nenhum dos direitos humanos poderão subsistir sem a simetria dos deveres que lhes correspondem (....) tomemos, então, nós, cidadãos comuns, a palavra. Com a mesma veemência com que reivindicamos direitos, reivindicuemos também o dever dos nossos deveres. Talvez o mundo possa tornar-se um pouco melhor (...).”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> José Saramago. Discurso em Estocolmo.

## RESUMO

O presente trabalho busca identificar e avaliar a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de reversão legislativa, seja por lei ou emenda constitucional, dos seus precedentes em matéria constitucional. De início, a revisão bibliográfica realizada a partir das teorias do diálogo interinstitucional apontou que a interação entre cortes constitucionais e parlamentos, quando estes conservam a faculdade de superar as decisões daquelas se houver boas razões para tanto, tem o potencial de fortalecer a democracia deliberativa. Em seguida, foram analisados os julgados do Supremo Tribunal nos quais a Corte foi provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade da reversão legislativa dos seus precedentes, a partir do que se observou que a compreensão mais recente do Tribunal aponta pela possibilidade de reversão, contudo, no caso de reversão via legislação ordinária, a nova lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade cabendo ao legislador o ônus de apresentar argumentos novos para superar o precedente judicial. Essa compreensão, embora seja melhor do que um modelo puro de monopólio judicial da última palavra sobre a constituição, limita o diálogo entre cortes e parlamentos, bem como o seu potencial para reforçar a democracia deliberativa.

**Palavras-chave:** Reversão legislativa, *backlash* legislativo, Supremo Tribunal Federal, supremacia judicial, diálogo interinstitucional.

## ABSTRACT

This work aims to identify and analyze the Brazilian Supreme Court's position regarding legislative reversal of constitutional adjudication, whether through ordinary legislation or constitutional amendments. According to the literature review we conducted, based on interinstitutional dialogue theories, the interaction between constitutional courts and parliaments, when the latter retains the capacity to override the decisions of the former if there are good reasons to do so, has the potential to strengthen deliberative democracy. Next, we analyzed the rulings of the Brazilian Supreme Court in which the Court was requested to rule on the constitutionality of legislative reversal of its precedents. It was observed that the Court's most recent understanding points to the possibility of such reversals. However, in the case of a legislative override through ordinary legislation, the new provisions would arise with a relative presumption of unconstitutionality, placing the burden on the legislator to present new arguments to overcome the previous judicial decision. While this understanding represents a break from the pure model of judicial monopoly on the final interpretation of the constitution, it still limits the dialogue between courts and parliaments as well as its potential to enhance deliberative democracy.

**Keywords:** Legislative reversal, legislative *backlash*, Brazilian Supreme Court, judicial supremacy, interinstitutional dialogue.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2. METODOLOGIA.....</b>	<b>13</b>
<b>3. CONTEXTUALIZAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA.....</b>	<b>15</b>
<b>3.1. A construção do guardião entrincheirado no direito brasileiro.....</b>	<b>15</b>
<b>3.2. Crítica ao monopólio judicial da constituição: reflexões a partir da “dificuldade contramajoritária”.....</b>	<b>18</b>
3.2.1. O controle judicial de constitucionalidade e a “dificuldade contramajoritária”.....	19
3.2.2. A existência de desacordos morais razoáveis em relação à interpretação dos direitos fundamentais.....	20
3.2.3. Ausência de racionalidade superior das cortes judiciais.....	22
3.2.4. Fundamentação histórica deficiente para justificar a supremacia judicial.....	25
3.2.5. Síntese da crítica à supremacia judicial e introdução aos diálogos interinstitucionais.....	26
<b>3.3. O constitucionalismo dialógico como forma de fortalecimento da democracia: possibilidades a partir de virtudes passivas e ativas.....</b>	<b>28</b>
3.3.1. O diálogo constitucional por meio das virtudes passivas.....	28
3.3.2. O diálogo constitucional por meio das virtudes ativas.....	33
3.3.3. Síntese das virtudes ativas e do seu potencial para fortalecer a democracia deliberativa.....	37
<b>4. OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MS N. 24.875, ADI N. 2.797-2, ADI N. 3.772, ADI N. 4.578, ADC N. 29, ADC N. 30, ADI N. 5.105, ADI N. 4.579, RE N. 1.116.485, ADI N. 5.728.....</b>	<b>39</b>
<b>4.1. A reação da Corte ao <i>backlash</i> via legislação ordinária.....</b>	<b>39</b>
4.1.1. Extensão temporal do foro por prerrogativa de função – ADI n. 2.797-2.....	39
4.1.2. Funções de magistério a serem consideradas para fins de aposentadoria especial do professor – ADI n. 3.772.....	43
4.1.3. Inelegibilidade de candidato político em face de decisão condenatória sem trânsito em julgado – ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30 (julgamento conjunto).....	46
4.1.4. Direito de antena e acesso ao fundo partidário pelas novas agremiações políticas – ADI n. 5.105.....	53
4.1.5. Lei estadual que impõe a participação de um representante da OAB no colegiado da Corregedoria Tributária de Controle Externo do Rio de Janeiro – ADI n. 4.579.....	61



4.1.6. Perda dos dias remidos em razão de falta grave pelo apenado e revisão de súmula vinculante – RE n. 1.116.485.....	64
<b>4.2. A reação da Corte ao <i>backlash</i> via emenda constitucional.....</b>	<b>67</b>
4.2.1. Incorporação das vantagens pessoais às demais parcelas remuneratórias para o cômputo do teto remuneratório – MS n. 24.875.....	67
4.2.2. O caso da vaquejada – ADI n. 5.728.....	70
<b>5. ANÁLISE CRÍTICA.....</b>	<b>75</b>
<b>5.1. A ADI n. 2.797-2 como caso paradigmático de supremacia judicial.....</b>	<b>75</b>
<b>5.2. A avaliação dos julgados a partir do seu potencial para superar a crítica à supremacia judicial, assegurar a responsividade da constituição e aprimorar o debate público.....</b>	<b>78</b>
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>93</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal ganhou especial protagonismo e atenção tanto de estudiosos quanto do público leigo no regime constitucional vigente; do mesmo modo, as decisões do Tribunal passaram a ser amplamente divulgadas pela mídia. A Corte não é mais aquele “outro desconhecido” como uma vez cunhou Aliomar Baleeiro em publicação de 1968.<sup>2</sup>

Com efeito, o Supremo Tribunal alargou a sua autoridade nos últimos anos, o que não é um fenômeno institucional exclusivamente brasileiro. Há algumas correntes que explicam esse percurso: o mercado confiaria mais nos tribunais, o sistema representativo tem se retraído e falhado em cumprir os ideais de justiça e igualdade, as constituições dispõem sobre muitos aspectos da vida social e preveem mecanismos para o controle de constitucionalidade, os atores políticos pleiteiam os seus interesses perante os tribunais quando as chances de êxito pela política majoritária são baixas ou quando é mais cômoda a delegação da responsabilidade política aos juízes.<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 expandiu as matérias constitucionalizáveis no Brasil fornecendo, assim, um “amplíssimo parâmetro”<sup>4</sup> pelo qual “o Judiciário pode controlar a constitucionalidade dos atos estatais e extrair deveres de agir aos demais Poderes”<sup>5</sup>; a Corte passou a se destacar como tribunal constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário; e foi ampliado o rol de entidades legitimadas a ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade<sup>6</sup>.

Vale ressaltar que o protagonismo da Suprema Corte no arranjo político é relevante mesmo na qualidade de órgão de cúpula, situação em que a Corte atua diante de ações de natureza concreta e realiza juízo de constitucionalidade de maneira incidental, pois as decisões poderão ser dotadas de eficácia *ultra partes* por meio da repercussão geral ou da súmula vinculante, previstas respectivamente nos artigos 102, § 3º, e 103-A da Constituição Federal.

Quanto à extensão do rol de legitimados a ajuizar ações de controle concentrado, associações, governadores e partidos não só efetivamente se tornaram assíduos autores das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como também buscam a

---

<sup>2</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito FGV**. São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-464, jul./dez. 2008. P. 441-442.

<sup>3</sup> VIEIRA, O. **Supremocracia...**, pp. 441-442. BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 175-220, maio/ago. 2013. PP. 192-195. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 251, pp. 139-178, maio/ago. 2009. PP. 164-167.

<sup>4</sup> BRANDÃO, R. **A judicialização da política...**, p. 212.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>6</sup> VIEIRA, *op. cit.*, pp. 446-450.

complementariedade da política representativa partidária em âmbito judicial<sup>7</sup>. Exemplo disso é a própria dinâmica de propositura dos processos. Para ilustrar: no período FHC, os partidos da oposição (de esquerda) foram responsáveis por 63,3% das ações diretas de inconstitucionalidade, enquanto os partidos de direita ajuizaram apenas 18,9% das ações; já no primeiro Governo Lula, os números se invertem, os partidos de esquerda são autores de apenas 6% das ações, enquanto a direita foi por 73%<sup>8</sup>.

Para além do aumento das matérias judicializadas e do seu uso estratégico por atores da política partidária, Ran Hirschl chama a atenção para o aspecto qualitativo dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, identificando um novo fenômeno mundial: a judicialização da megapolítica. Por assim dizer, assuntos extremamente controvertidos e substancialmente sensíveis passaram a ser decididos pelas cortes constitucionais<sup>9</sup>.

No Brasil, a judicialização de temas sensíveis também é uma realidade, como, por exemplo, o financiamento empresarial de campanhas eleitorais, o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas, a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia do feto, a criminalização da homofobia, entre outras pautas<sup>10</sup>.

Em consonância com o protagonismo institucional da Suprema Corte para decidir com fundamento na Constituição, vale dizer que, conquanto o texto constitucional não estabeleça a hierarquia entre o Supremo e o Congresso Nacional ou as assembleias legislativas locais na qualidade de intérpretes da Constituição<sup>11</sup>, o Supremo Tribunal Federal possui precedentes nos quais buscou afirmar a sua supremacia, do que se infere que a sua palavra seria a última em discussão de constitucionalidade.

---

<sup>7</sup> BURGOS, M.B.; SALLES, P.M.; VIANNA, L.W. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, 2007. PP. 66-70.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>9</sup> Em perspectiva comparada, Hirschl cita alguns exemplos relevantes: a Suprema Corte do Paquistão decidiu pela validade do golpe de Estado ocorrido no país em 1999, a Suprema Corte Constitucional do Egito decidiu sobre o status normativo das regras da *Shari'a*, a Suprema Corte de Israel já foi provocada a decidir “quem é judeu” e a Suprema Corte do Canadá já se manifestou sobre os termos em que seria possível ocorrer a seção do território de Quebec (HIRSCHL, **O novo constitucionalismo...**, pp. 146-148).

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2016a. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Ayres Britto, Brasília, 2010a. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2013. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2020a.

<sup>11</sup> Isso, porque o § 2º do art. 102 da CF/88 não vincula os efeitos do controle judicial de constitucional aos órgãos do Poder Legislativo.

Em verdade, expressões como “guardião maior da Carta Política da República”<sup>12</sup> e “O monopólio da última palavra, pela Suprema Corte, em matéria de interpretação constitucional”<sup>13</sup> podem ser encontradas na própria ementa de alguns acórdãos do Tribunal.

No contexto pós-Constituição de 1988, portanto, a Suprema Corte gravitou para o centro do arranjo político brasileiro, com a abertura para decidir muito sobre as muitas agendas constitucionalizadas e ainda contando com a pretensão de definitividade das suas decisões. Daí a afirmação de Oscar Vilhena: “tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal”<sup>14</sup>.

De outro lado, a reação pública em rejeição às decisões da Corte Suprema também ganhou espaço como um fenômeno relativamente recente. Se antes a reação dos demais atores políticos orientava-se pela adesão às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade<sup>15</sup>, atualmente começa a se tornar também corrente a oposição dos demais atores políticos às decisões da Corte<sup>16</sup>.

Essa resistência às decisões jurisdicionais em controle de constitucionalidade se enquadra no conceito de *backlash*<sup>17</sup>, o qual pode se manifestar, entre outras maneiras, pela reação legislativa com a edição de leis ou de emendas constitucionais como forma de superar determinado precedente judicial.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que o Supremo Tribunal Federal assumiu protagonismo decisório, também o Poder Legislativo passou a desafiar a adjudicação constitucional, propondo compreensão constitucional divergente.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 168.149**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 1995a. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 170.162**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 1995b. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 219.934**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 2004a.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.603**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2010b. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2011a.

<sup>14</sup> VIEIRA, O. **Supremocracia...**, p. 451.

<sup>15</sup> “Normalmente, ao invés de se insurgir contra as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o legislativo buscava editar uma nova legislação que contemplasse a visão da Corte a respeito do tema, caminhando, pois, no sentido da deferência ao judicial review” (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, pp. 109-138, jan./mar. 2013. PP. 127-128).

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 125-126.

<sup>17</sup> Ressalta-se que a reação a uma decisão judicial é só uma das espécies de *backlash*, fenômeno que abrange “reações contra leis, medidas de governo, decisões do Judiciário (juízes ou Tribunais), Cortes Constitucionais, Cortes de Direitos Humanos e até de Tribunais administrativos. Coloquialmente, é possível até mesmo reconhecer a possibilidade de um backlash em face de decisões particulares, desde que o particular faça as vezes do Poder Público (...)” (FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, pp. 26-27).

Alguns exemplos recentes se destacam nesse sentido. A título exemplificativo, citam-se os seguintes casos: (i) após o Supremo Tribunal Federal descriminalizar o porte de maconha para consumo pessoal, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2023 no Congresso Nacional para instituir um mandado constitucional de criminalização da posse e porte de entorpecentes<sup>18</sup>; (ii) após o Supremo também descriminalizar a antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencéfalo, foram apresentadas no Congresso a Proposta de Emenda à Constituição n. 164/2012 e o Projeto de Lei n. 1.904/2024, os quais, entre outras implicações, acabam por reverter o referido precedente da Corte<sup>19</sup>; (iii) mesmo após o Supremo declarar a constitucionalidade da união estável homoafetiva, o Congresso continuou a avançar a tramitação do Projeto de Lei n. 580/2007, o qual veda o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar<sup>20</sup>.

Tendo em vista a densidade das matérias que podem ser objeto do *backlash* legislativo em face das decisões judiciais, é relevante o estudo sobre essa forma de interação entre cortes e parlamentos. Isso bem se aplica ao contexto brasileiro. Como visto, tanto o Supremo Tribunal Federal assumiu um protagonismo decisório em agendas controvertidas e substancialmente sensíveis, por meio do controle judicial de constitucionalidade, quanto o Congresso Nacional se afirmou como um contrapeso ativo às decisões da Corte.

Com o fim de somar mais uma perspectiva aos estudos já existentes quanto à interação entre cortes e parlamentos, este trabalho se propõe a examinar um recorte específico do *backlash* legislativo, qual seja, a reação do Supremo Tribunal Federal à reversão dos seus precedentes promovida pelo Congresso Nacional em matéria constitucional.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 2024a. BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2023**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Diário do Senado Federal de 16/09/2023: Brasília, 2023a., pp. 87-92.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2013. BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 164/2012**. Dá nova redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal. Diário da Câmara dos Deputados de 03/05/2012: Brasília, 2012a, p. 14981. BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.904/2024**. Acresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. Ainda não consta publicação no Diário da Câmara dos Deputados.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Carlos Brito, Brasília, 2011b. BRASIL. **Projeto de Lei n. 580/2007**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Diário da Câmara dos Deputados de 10/04/2007: Brasília, 2007a, p. 15032.

## 2. METODOLOGIA

A pesquisa objetiva a compreender a visão do Supremo Tribunal Federal a respeito do *backlash* legislativo contra as suas decisões em matéria constitucional. Para tanto, buscou-se responder criticamente às seguintes perguntas: (i) o Supremo considera válido o *backlash* legislativo? (ii) o Supremo impõe condições formais ou materiais que o Poder Legislativo deve cumprir para conferir validade ao *backlash*? (iii) em se tratando da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, o Supremo discrimina dos demais o ato normativo originado do *backlash* legislativo?

A primeira pergunta tem, por finalidade, obter uma resposta geral quanto à posição do Supremo Tribunal em relação ao *backlash* legislativo. Caso a Corte entenda pela validade da reação legislativa, as outras duas perguntas objetivam a esclarecer em que grau isso ocorre, ou seja, se a Corte impõe condições para tanto ou ainda se a norma advinda do *backlash* se sujeitaria a algum tipo de demérito.

Nesse contexto, a primeira parte do trabalho será realizada pela revisão bibliográfica para a contextualização teórica do *backlash* legislativo em face da adjudicação constitucional. Nesse sentido, os professores Conrado Hübner Mendes e Miguel Godoy, em suas respectivas teses de doutorado, sugerem a crítica à supremacia judicial como um ponto de partida para análise dos diálogos interinstitucionais<sup>21</sup>, entre os quais se insere o *backlash*. É essa, então, a ordem cronológica a ser seguida no início desta monografia.

Com o aporte teórico bem delimitado, passa-se, nos capítulos subsequentes, à coleta dos precedentes da Suprema Corte e, em seguida, à análise crítica dos julgados.

Em atenção ao objetivo desta pesquisa, foram selecionados os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais a Corte foi provocada a julgar a constitucionalidade da norma originada do *backlash* legislativo. Mais especificamente, trata-se de casos em que, após declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Supremo, o Congresso Nacional tentou superar a decisão judicial aprovando nova lei ou emenda constitucional em sentido contrário e, daí, a matéria retornou novamente ao julgamento da Suprema Corte, sendo justamente essa reapreciação judicial o objeto da monografia.

---

<sup>21</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008a.

A amostra dos precedentes foi viabilizada a partir da pesquisa no campo de buscas de jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo, por meio de palavras-chaves como “monopólio da última palavra”, “supremacia judicial”, “*backlash* legislativo”, “reversão legislativa” e “superação legislativa”.

Dito isso, foram encontrados os seguintes casos, nos quais a Corte julgou a constitucionalidade dos atos normativos advindos da reversão legislativa dos seus precedentes: MS n. 24.875, ADI n. 2.797, ADI n. 3.772, ADI n. 4.578, ADC n. 29, ADC n. 30, ADI n. 5.105, ADI n. 4.579, RE n. 1.116.485 e ADI n. 5.728.

Por fim, vale dizer, pretende-se apresentar, de maneira individualizada, os votos dos ministros em cada julgado. Isso, porque o Supremo Tribunal Federal carece de unidade decisória, a Corte “não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros (...) (e) mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas”<sup>22</sup>. Logo, uma análise transparente dos precedentes do Supremo requer uma abordagem particularizada a partir da posição de cada ministro.

---

<sup>22</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 250, pp. 197-227, jan. 2009. P. 217.

### 3. CONTEXTUALIZAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA

#### 3.1. A construção do guardião entrincheirado no direito brasileiro

O protagonismo decisório do Supremo Tribunal como o principal e último intérprete da Constituição encontrou respaldo em parte da literatura no período pós-Constituição de 1988.

A transição para a democracia é acompanhada pela doutrina da efetividade, desenvolvida por juristas como José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Clève, com o respectivo objetivo de conferir efetividade às normas constitucionais, afirmando-lhes o status de norma jurídica e, portanto, de imperatividade<sup>23</sup>, em superação ao paradigma anterior no qual “a Constituição ainda que norma já fosse, como norma não era encarada”<sup>24</sup>. No contexto, sob a óptica de norma jurídica, o Poder Judiciário ganha proeminência como intérprete da Constituição<sup>25</sup>, seria como se se tratasse do exercício jurisdicional comum com a aplicação ordinária da lei.

Aliada a isso, soma-se a recepção no direito pátrio da teoria da constituição dirigente a partir de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem as normas constitucionais possuem uma função programática que vincula o legislador e cuja realização (o fim pretendido pelas normas diretivas) é fundamento de legitimidade material da constituição<sup>26</sup>. Nessa perspectiva, “a edição de lei para a realização de uma finalidade estabelecida na constituição deixa de ser uma questão meramente política e legislativa e passa a ser então, e também, uma questão jurídica, de cumprimento da constituição”<sup>27</sup>.

Nessa cronologia, em um segundo momento de desenvolvimento doutrinário no Brasil, o protagonismo judicial aparece pela recepção do neoconstitucionalismo com a abertura do direito à moral, de modo que caberia aos tribunais assegurar valores substanciais fundamentais<sup>28</sup>, do que adviriam tanto a legitimidade da revisão judicial quanto da supremacia judicial, como se passa a demonstrar.

Conrado Hübner Mendes explica (embora não defenda) essa justificativa a partir da perspectiva de Ronald Dworkin, para quem a democracia pressupõe um núcleo de valores substanciais materializados na igual consideração e respeito entre todos os cidadãos. Isso,

---

<sup>23</sup> GODOY, M. **Devolver a Constituição...**, pp. 30-32.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 30-32.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 32-35.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.



porque a própria decisão sobre política pública por meio do critério da maioria só é possível se houver a concordância entre os membros da comunidade política de que cada pessoa é merecedora do mesmo valor<sup>29</sup>.

Nesse contexto, seria importante à democracia que fosse assegurada essa filiação moral, independentemente se o órgão responsável para tanto foi eleito ou não. Ressalta-se, assim, que a legitimidade da referida instituição não deve ser medida por quem a compõe, se por representantes eleitos ou por juízes, mas sim pela sua inclinação para dar a resposta certa quanto a direitos fundamentais<sup>30</sup>. A propósito:

Quando juízes ultrapassam decisões políticas já tomadas, desde que fundamentados em argumentos de princípio, não estão legislando. O argumento de princípio triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral. Esse é intangível, inatacável, insubmisso a decisões da maioria. Levar direitos a sério exige tê-los como trunfos (*rights as trumps*) perante a maioria. Um trunfo, nesta concepção, não se permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita.<sup>31</sup>

A vinculação da democracia a um valor substancial, portanto, justificaria a revisão judicial – controle de constitucionalidade judicial – no âmbito que se refere à proteção dos princípios constituintes da comunidade política, se as cortes forem capazes de apresentar as melhores respostas. Assim, democracia e constitucionalismo seriam conceitos interdependentes<sup>32</sup>.

Estabelecida a legitimidade das cortes constitucionais na qualidade de fórum dos princípios, condicionada à sua capacidade de apresentar a resposta correta<sup>33</sup>, Conrado Hübner avança e apresenta (novamente sem pretender defender a perspectiva de Dworkin) um segundo elemento para a discussão, qual seja, a supremacia judicial sobre os demais Poderes quanto à tarefa de interpretar a constituição. A partir daí, o autor ultrapassa a discussão então apresentada sobre legitimidade e passa a apresentar os argumentos em favor da última palavra judicial, desta vez com fundamento na existência de efetiva superioridade das cortes sobre os parlamentos para dispor sobre princípios<sup>34</sup>.

De forma bem sintética, a supremacia judicial se justificaria pela melhor capacidade das cortes para assegurar o já citado núcleo substantivo de valores, na medida em que seriam um

---

<sup>29</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. São Paulo: Ed. Elsevier, 2008b, pp. 33-39 e 63-73.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 63-66.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>32</sup> MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, p. 34.

<sup>33</sup> Como a legitimidade para decidir sobre princípios está condicionada à inclinação de uma respectiva instituição para oferecer a “melhor resposta”, as cortes constitucionais, como quaisquer outras instituições, serão consideradas ilegítimas se não dispuserem de tal capacidade (*Ibid.*, pp. 33-39 e 63-73).

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 56-80.

órgão imparcial<sup>35</sup> apartado das pressões políticas de ocasião: “a lógica eleitoral coloca direitos em risco e o ambiente parlamentar incentiva compromissos incompatíveis com a racionalidade dos direitos fundamentais. Separar o fórum em que predomina a utilidade do fórum em que predomina o princípio é uma sábia escolha institucional”<sup>36</sup>.

Por fim, ao lado da doutrina da efetividade e da recepção do constitucionalismo dirigente e do neoconstitucionalismo no Brasil, a supremacia judicial também poderia ser justificada com base histórica, a partir da sua associação por parcela da doutrina constitucional pátria ao precedente estadunidense *Marbury v. Madison*.

No caso, William Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte norte-americana, cuja competência havia sido estabelecida pelo § 13 da Lei Judiciária de 1789, por ter sido nomeado ao cargo de juiz de paz pelo presidente federalista John Adams, em final de mandato, mas não ter sido empossado em razão da recusa do governo seguinte, de filiação republicana, encabeçado por Thomas Jefferson, cujo Secretário de Estado era James Madison.

O cenário era de instabilidade, pois o governo de Jefferson ameaçava não obedecer às decisões judiciais que determinassem a posse dos juízes nomeados por John Adams, além de que ameaçava proceder à cassação dos juízes federalistas, o que atingiria a própria Suprema Corte<sup>37</sup>.

Considerando a hostilidade à autoridade da Suprema Corte norte-americana, o juiz John Marshall encontrou uma solução processual, decidiu que o Tribunal não possuía competência para conceder o *writ*, pois o § 13 da Lei Judiciária de 1789 era inconstitucional<sup>38</sup>. A Corte argumentou que a Constituição é superior a qualquer outro diploma normativo, logo a lei que a contrariar é nula. Dessa forma, ao mesmo tempo em que não se acolhia o mandado impondo uma ordem que o governo provavelmente não obedeceria, a Corte afirmava a sua autoridade para realizar a revisão judicial dos atos normativos com base na Constituição<sup>39</sup>.

Para uma parte da doutrina brasileira, este julgado não só afirmou a supremacia da constituição, mas também a supremacia judicial em matéria constitucional. O professor Roberto Barroso, por exemplo, aduz que o precedente norte-americano confere “poderes ao Judiciário

---

<sup>35</sup> A ressalva da imparcialidade é importante, pois é intuitivamente inócuo que a própria política majoritária, consubstanciada no parlamento, seja responsável por julgar a si mesma (MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, p. 63).

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019, pp. 25-27.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 25-27.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 27-32.

sobre os outros dois ramos de governo”<sup>40</sup>, bem como fixa a competência do Poder Judiciário como “intérprete final”<sup>41</sup> da constituição.

Em síntese, nesse tópico, apresentamos a justificação teórica para a primazia decisória do Poder Judiciário sobre os demais ramos do Poder político. Partindo da perspectiva apresentada de especial legitimidade do Poder Judiciário para interpretar a constituição, a sua palavra não só seria legítima sobre as muitas matérias passíveis de constitucionalização, como também seria a última.

Essa perspectiva implica a tradicional compreensão no Brasil de que a superação ou reversão de um precedente do Supremo Tribunal Federal só é possível acaso se modifique o próprio parâmetro do controle de constitucionalidade, ou seja, se se altere a Constituição. No caso, restaria ao poder constituinte derivado aprovar emenda constitucional para tanto<sup>42</sup>.

Ainda assim, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 é dotada de cláusulas pétreas<sup>43</sup>, cuja supressão é vedada mesmo pelo poder constituinte derivado, a reação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal não seria possível caso o parâmetro da revisão judicial se baseie em alguma das referidas cláusulas<sup>44</sup>, como consequência da supremacia da interpretação judicial combinada com a imutabilidade do referido parâmetro do controle constitucional.

### **3.2. Crítica ao monopólio judicial da constituição: reflexões a partir da “dificuldade contramajoritária”**

Ocorre que, em contraponto à supremacia judicial, a vontade do povo é soberana e, por isso, este não deve ser apartado da participação no processo em que se atribui sentido ao documento maior que o constitui, qual seja, a constituição. Passa-se a desenvolver essa posição a partir dos seguintes argumentos: (i) dificuldade contramajoritária, (ii) desacordos morais razoáveis, (iii) ausência de comprovação da racionalidade superior das cortes e (iv) fundamentação histórica deficiente.

---

<sup>40</sup> BARROSO, L. **O controle de constitucionalidade...**, p. 31.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>42</sup> WILLEMANN, M. **Constitucionalismo democrático...**, pp. 127-128.

<sup>43</sup> “Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>44</sup> WILLEMANN, *op. cit.*, pp. 127-128.

### 3.2.1. O controle judicial de constitucionalidade e a “dificuldade contramajoritária”

De acordo com Alexander Bickel, é da essência da democracia o processo eleitoral e a existência das instituições representativas correspondentes, isso para que a tomada de decisões privilegie o critério da maioria<sup>45</sup>.

Obviamente, é inviável que todos decidam tudo a todo tempo; então, por vezes, acomodações que se tornaram contramajoritárias podem acabar perdurando em nome da estabilidade, mas a essência democrática se mantém na medida em que a maioria conserva o poder de reverter suas decisões anteriores<sup>46</sup>.

Também, é comum que a tomada de decisões seja delegada a militares e órgãos administrativos, no entanto esses geralmente estão subordinados a representantes eleitos pelo critério majoritário, os quais, inclusive, poderão reverter as decisões então realizadas. No mesmo sentido, juízes, ao aplicarem e interpretarem a lei ordinária, também poderão ter as suas decisões superadas por meio de uma nova lei aprovada pela maioria política<sup>47</sup>. Assim, apesar das complexidades e imperfeições de um sistema democrático, o critério da maioria prevaleceria de uma forma ou de outra.

Nesse contexto, a supremacia judicial, ao distorcer a lógica apresentada, é uma disfuncionalidade ao se manifestar “nos grandes momentos, contra os desejos de uma maioria legislativa, a qual, por sua vez, não teria poder para alterar a decisão judicial” (tradução nossa)<sup>48</sup>.

Em verdade, seria até possível que a maioria política superasse a interpretação judicial da constituição com a qual não concorde, porém a exigência de emenda constitucional para tanto torna muito difícil as chances de êxito, considerando que bastaria uma minoria política para vetar a proposta<sup>49</sup>. Assim, a precedência da decisão judicial sobre a decisão dos representantes eleitos para interpretar a constituição realmente acaba por subtrair o poder decisório da maioria política e, portanto, subverte a lógica democrática do critério majoritário.

Para além disso, perde-se o incentivo de compor a sociedade, uma vez que não haveria mais uma aventura compartilhada por todos para a tomada de decisões, o que incluiria

---

<sup>45</sup> BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of Politics**. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986, pp. 17-20.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

<sup>48</sup> “Judicial review, however, is the power to apply and construe the constitution, in matters of the greatest moment, against the wishes of a legislative majority, which is, in turn, powerless to affect the judicial decision” (*Ibid.*, p. 20).

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 21.

experiências, erros, correções e acertos dotados de um valor moral relevante de responsabilidade política<sup>50</sup>.

Ademais, a primazia das cortes sobre as instâncias deliberativas tende a “enfraquecer o processo democrático”<sup>51</sup>, pois acostuma a sociedade à noção de que os parlamentos não são confiáveis para decidirem sobre direitos constitucionais, cabendo a um colegiado de juízes decidir em última instância. Assim, desencoraja-se o cidadão a levar a sério a escolha dos seus representantes para a esfera legislativa<sup>52</sup>.

Da mesma forma, fomenta-se um compromisso débil com a constituição por parte dos legisladores. Ora, se as cortes são o guardião maior da constituição, o Legislativo não tem grande responsabilidade em articular princípios constitucionais, há assim um salvo-conduto para que os parlamentares testem impunemente os limites do texto constitucional, afinal, por último, caberá às cortes constitucionais assumir um papel salvacionista e corrigir os erros<sup>53</sup>.

Por fim, vale dizer que eventual escalonamento de um compromisso constitucional débil pelo povo e pelos representantes eleitos por força da revisão judicial, em última medida, tornará pouco provável a obediência às decisões das cortes constitucionais<sup>54</sup>.

### **3.2.2. A existência de desacordos morais razoáveis em relação à interpretação dos direitos fundamentais**

O retraimento do critério majoritário pela supremacia judicial, denunciado por Alexander Bickel, não somente frustra uma aventura política compartilhada e enfraquece o compromisso constitucional pelos parlamentos e pela sociedade, como também carece de legitimidade em um contexto de desacordos morais razoáveis.

Nesse sentido, Jeremy Waldron explica que, existindo desacordos razoáveis na sociedade em relação a direitos fundamentais, há diferentes opções válidas que podem ser daí extraídas, sendo assim não há exatamente uma única resposta certa a ser proferida<sup>55</sup>. Logo,

---

<sup>50</sup> BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*..., pp. 21-22.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

<sup>53</sup> “A constituição, assim, passa a ter um único centro de gravidade, um único guardião. Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não têm a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero” (MENDES, C. *Direitos Fundamentais*..., p. 5).

<sup>54</sup> BICKEL, *op. cit.*, p. 23.

<sup>55</sup> “The members of the community are committed to rights, but they disagree about rights. Most issues of rights are in need of settlement. We need settlement not so much to dispose of the issue - nothing can do that - but to

torna-se necessária não a imposição de um resultado em si, mas sim a criação de um procedimento decisório cujas decisões serão passíveis de aceitação mesmo pelos cidadãos cuja opinião restou vencida<sup>56 57</sup>.

Nesse contexto, o critério da maioria fornece uma possibilidade de desenho procedimental atraente – ainda que imperfeito – ao tratar todos os cidadãos de forma igual como seres capazes de tomar decisões<sup>58</sup>.

Por isso, o retraimento do critério majoritário pela supremacia judicial, como denunciado por Alexander Bickel, mina o fundamento de legitimidade das decisões políticas, se se considerar a natureza majoritária do procedimento decisório como o fundamento de legitimidade para a tomada de decisões.

Em defesa da necessidade de um critério procedimental cujos resultados, espera-se, sejam considerados legítimos, Jeremy Waldron chama a atenção para a existência de desacordos morais em qualquer sociedade moderna, como, por exemplo, sobre a validade de ações afirmativas, a legalidade do aborto, a criminalização dos discursos de ódio, entre outras agendas. Isso acontece porque, mesmo que os cidadãos manifestem adesão aos direitos para a vivência democrática em comunidade, eles podem discordar sobre quais são esses direitos e quais são os desdobramentos desses direitos<sup>59</sup>.

Nesse contexto, continua Waldron, importa notar que mesmo os direitos previstos na constituição, considerando a sua moldura aberta a diferentes concepções, não fornecem um guia racional das melhores respostas substanciais que devem ser conferidas, pois discordamos sobre quais devem ser essas respostas e como alcançá-las<sup>60</sup>, o que acaba por tornar inacessível o fundamento de legitimidade das decisões exclusivamente a partir da perspectiva substancial, ou

---

provide a basis for common action when action is necessary” (WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the Conditions of Democracy*. **The Journal of Political Philosophy**, v. 6, pp. 335-355, 1998. P. 1369).

<sup>56</sup> “Unfortunately, on issues of rights, for which we do need settlement, there is little prospect of agreement either. The need for settlement does not make the fact of disagreement evaporate; rather, it means that a common basis for action has to be forged in the heat of our disagreements.” (*Ibid.*, p. 1370)

<sup>57</sup> “This means that even though the members of the society we are imagining disagree about rights, they need to share a theory of legitimacy for the decision-procedure that is to settle their disagreements. So, in thinking about the reasons for setting up such a procedure, we should think about reasons that can be subscribed to by people on both sides of any one of these disagreements”. (*Ibid.*, p. 1371)

<sup>58</sup> Com efeito, um procedimento decisório deve ser passível de adesão pelos membros da sociedade mesmo quando sua posição resta vencida, para isso é relevante que o cidadão tenha a sua opinião levada em consideração em igualdade de condições com os seus pares. (*Ibid.*, pp. 1386-1393).

<sup>59</sup> WALDRON, J. **Judicial Review and the conditions of democracy**..., pp. 341-343. WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. **The Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006. PP. 1366-1369.

<sup>60</sup> “We are assuming that the Bill of Rights does not settle the disagreements that exist in the society about individual and minority rights. It bears on them but it does not settle them. At most, the abstract terms of the Bill of Rights are popularly selected sites for disputes about these issues. The question we have been considering is who is to settle the issues that are fought out on those sites” (WALDRON, J. **The Core of the Case**..., p. 1393).

seja, da existência de uma única resposta correta<sup>61</sup>. Por exemplo, o direito de propriedade possuirá significados distintos se interpretado por um capitalista libertário ou por um social-democrata.

Além disso, o reconhecimento do valor moral dos indivíduos a partir da modernidade nos regimes democráticos inclui também a capacidade das pessoas de pensar sobre a própria democracia e o pré-compromisso para assegurá-la<sup>62</sup>. Assim, não é devido que desacordos associados à democracia ou ao procedimento democrático fiquem apenas sob o resguardo das cortes constitucionais.

Sendo assim, se a tomada de decisões necessita de um parâmetro de legitimidade e a perspectiva exclusivamente substancial não é suficiente, a perspectiva procedimental baseada no critério majoritário se apresenta como opção válida, a qual se contrapõe à supremacia judicial e o correspondente retraimento das decisões tomadas pelas maiorias políticas.

### 3.2.3. Ausência de racionalidade superior das cortes constitucionais

Ainda que se ignorasse a crítica de Alexander Bickel à inversão da lógica majoritária na democracia ou a observação formulada por Jeremy Waldron no sentido de que não há uma única resposta certa sobre direitos fundamentais demandando assim um procedimento que leve em conta a opinião das pessoas pelo critério majoritário, a primazia das cortes constitucionais sobre as maiorias políticas exigiria que os juízes, de fato, tivessem a capacidade de apresentar as melhores respostas em comparação com as demais instituições.

Um dos argumentos nesse sentido, apresentado no tópico 1.1 deste trabalho, alegava a imparcialidade das cortes, como um órgão externo à política, para julgar as decisões tomadas por maiorias políticas ocasionais, as quais seriam autointeressadas para julgarem a si mesmas.

Contudo, seja pelos ramos da política majoritária ou pelos tribunais, a tomada de decisões dificilmente será insular, haverá, de alguma forma, autointeresse, pois mesmo os juízes serão afetados pelos direitos que conferem aos cidadãos<sup>63</sup>.

Também, o enquadramento puro dos juízes à lei ou métodos de interpretação não é factual, pois os julgadores são influenciados por suas ideologias pessoais, de modo que alguns

---

<sup>61</sup> WALDRON, J. **Judicial Review and the conditions of democracy**..., pp. 346-349 e 352-354.

<sup>62</sup> “(...) the emergence of rights-theories in the modern era was associated not just with the substantive self-confidence of individual reason, but also with a certain epistemological self-confidence, that is, a confidence on the part of individuals in their ability to reflect systematically on the procedures that knowledge and rational deliberation involved” (*Ibid.*, p. 348).

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 349-350.

estudiosos conseguem até mesmo prever, com alto índice de acerto, o modo pelo qual determinado magistrado decidirá, a partir de suas preferências pessoais<sup>64</sup>. Nos Estados Unidos, exemplo disso é o padrão de inclinação – seja mais conservador, seja mais liberal – que os juízes da Suprema Corte manifestam a depender se foram nomeados por um Presidente republicano ou por um Presidente democrata<sup>65</sup>.

Além disso, as cortes estão em interação com os outros dois Poderes políticos e com a opinião pública, assim têm incentivos para calcular a reação destes às suas decisões, até porque o Poder Judiciário tem interesse em que as suas decisões sejam cumpridas, assim como têm em evitar retaliações e em angariar apoio difuso pela comunidade<sup>66</sup>.

A seu turno, a alegada parcialidade dos grupos majoritários se amolda mais às situações em que um grupo específico autointeressado decide em causa própria excluindo os demais interessados do processo; o que não é o caso quando a própria sociedade como um todo está a decidir, pois todos aqueles que serão afetados pela decisão poderão manifestar a sua posição<sup>67</sup> e a própria existência de uma constituição (ou carta de direitos) que tem alguma aceitação popular demonstra que as maiorias políticas têm a capacidade de levar direitos a sério mesmo em favor das minorias<sup>68</sup>.

Quanto a isso, vale dizer que os debates na esfera política majoritária podem ser tão bem-informados como aqueles realizados nos tribunais e estão menos permeados por formalismos, jargões jurídicos, doutrina legal, entre outras barreiras para uma discussão moral desinibida, em comparação com a deliberação sobre direitos no âmbito dos tribunais<sup>69</sup>. Jeremy Waldron menciona, como exemplo, a discussão sobre o direito ao aborto pela Câmara dos Comuns no Reino Unido, onde questões legais, morais e pragmáticas foram muito bem levadas em consideração<sup>70</sup>. No caso, prevaleceu a posição dos parlamentares pró-aborto, mas mesmo aqueles pró-vida reconheceram o “respeito com que suas posições foram ouvidas e apreciadas na discussão” (tradução nossa)<sup>71</sup>.

Por fim, vale observar, ainda que se ignore a discussão anterior questionando a imparcialidade política das cortes e enaltecendo a capacidade deliberativa no âmbito político-

---

<sup>64</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, pp. 257-337, 2005. PP. 272-274.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 277-278.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 311-328.

<sup>67</sup> WALDRON, J. *Judicial Review and the conditions of democracy...*, pp. 350.

<sup>68</sup> WALDRON, J. *The Core of the Case...*, pp. 1364-1366.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 1382-1386.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 1384-1385.

<sup>71</sup> “One remarkable thing was that everyone who participated in the debate, even the pro-life MPs (...) paid tribute to the respectfulness with which their positions had been listened to and heard in that discussion” (*Ibid.*, pp. 1384-1385).



majoritário, não subsistiria a percepção de que os tribunais possuem melhores condições para defender os direitos das minorias diante de maiorias tirânicas, pois isso simplesmente não ocorre factualmente.

Conquanto seja a defesa de direitos das minorias um argumento habitual em favor da supremacia judicial, citando-se casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal como o da união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132) e o das ações afirmativas para ingresso no ensino superior (ADPF 186), não é essa a postura que necessariamente prepondera<sup>72</sup>. Em verdade, há casos notórios em que a atuação da Suprema Corte brasileira foi positiva para a proteção de direitos fundamentais, mas, considerando que a Corte julga centenas de milhares de processos anualmente<sup>73</sup>, qualquer conclusão sobre a atuação protetiva do Tribunal demanda uma análise mais ampla dos casos decididos<sup>74</sup>.

Nesse contexto, pesquisa coordenada pelos professores Alexandre Araújo e Juliano Zaiden Benvindo se propôs a analisar todas as decisões em Ações diretas de Inconstitucionalidade proferidas entre 1988 e 2012, cerca de 4.900 processos<sup>75</sup>, a fim de avaliar “se o sistema concentrado tem, apesar do discurso doutrinário majoritário, efetivamente defendido o interesse dos indivíduos ou, ao contrário, interesses institucionais específicos, tal como corporações”<sup>76</sup>.

Os resultados do estudo demonstraram que, no período analisado, os processos de procedência<sup>77</sup> correspondem a cerca de 1/3 das ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>78</sup>. Nessa amostra, a Corte atua principalmente para afirmar a competência legislativa da União em face de leis estaduais; também, a análise de constitucionalidade a partir do processo legislativo

---

<sup>72</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 71-95, 2014. P. 85.

<sup>73</sup> Só em 2024, o Supremo proferiu, ao todo, 115.508 decisões (BRASIL. **Relatório de atividades de 2024**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2025, p. 47).

<sup>74</sup> BENVINDO, J. A “última palavra”, o poder..., p. 85.

<sup>75</sup> Não se olvida que a pesquisa data de 2014 e se limita às ações diretas de inconstitucionalidade, deixando de incluir, então, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual possui justamente função subsidiária à ADI para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882/1999. Ainda assim, feitas essas ressalvas, a pesquisa realizada pelos professores Alexandre Araújo e Juliano Zaiden Benvindo permanece relevante para avaliar a atuação do Suprema Corte na salvaguarda de direitos fundamentais mormente em face da amplitude de análise, qual seja, 4900 processos.

<sup>76</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 1.

<sup>77</sup> A análise sobre os processos de procedência especificamente é relevante para observar como a Corte protege direitos, pois as decisões de improcedência, ainda que possam versar sobre direitos fundamentais, como ocorreu no caso das ações afirmativas no ensino superior, não alteram o *status quo* vigente, do ponto de vista normativo (*Ibid.*, p. 48).

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 48.

e da estrutura do Estado predominam (vide gráfico 17.0 do estudo)<sup>79</sup>. Apenas 72 decisões de procedência versam sobre direitos fundamentais, um número consideravelmente baixo, sendo ainda que não prevalece a tutela dos interesses dos cidadãos em geral, mas sim dos grupos de pressão que conseguem mobilizar os atores legitimados a ajuizar ações de controle concentrado, especialmente das corporações de servidores públicos dos sistemas de Justiça e da polícia<sup>80</sup>.

Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos.<sup>81</sup>

### 3.2.4. Fundamentação histórica deficiente para justificar a supremacia judicial

Entre os argumentos em favor da primazia das cortes para interpretar a constituição, está a alegada existência do fato histórico instituidor da supremacia judicial, qual seja, o conhecido precedente *Marbury v. Madison*. Tendo em vista que o caso já foi brevemente relatado em tópico anterior, passa-se a tratar das suas implicações para a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade.

Em contraponto à perspectiva de que o precedente instituiu a supremacia judicial, Miguel Godoy propõe que a respectiva decisão do juiz John Marshall seja lida conforme as contingências da época, ano de 1803, considerando que a associação entre supremacia da constituição e controle judicial não era inédita em si<sup>82</sup>. Em verdade, Marshall apenas tratou de organizar os argumentos já apresentados em precedentes anteriores nos quais houve – ainda que de forma não sistematizada – o controle de constitucionalidade judicial com base na supremacia da constituição, sem, no entanto, afirmar a supremacia judicial<sup>83</sup>.

A história constitucional norte-americana é assentada na vontade popular e não na primazia dos tribunais<sup>84</sup>. No contexto, a existência de institutos como o direito de voto, de reunião e de petição exerciam um papel relevante para a participação popular na interpretação constitucional, bem como a ausência de um aparelho estatal repressivo bem desenvolvido forçava as instituições a considerarem a comoção popular<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> BENVINDO, J; COSTA, A. *A quem interessa o controle...*, p. 58.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 67-73.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>82</sup> GODOY, M. *Devolver a Constituição...*, pp. 49-60.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pp. 49-60.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 49-60.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pp. 55-56.

Há alguns exemplos notórios em que a vontade do povo prevaleceu em matéria constitucional, tais quais a conhecida absolvição do réu Gideon Henfield pelo tribunal do júri, e a anulação do *Alien Act* e do *Sedition Act* diante da intensa insatisfação popular<sup>86</sup>. As instituições e seus membros também reconheciam que o povo exercia um papel preponderante; por exemplo, no Estado da Virgínia, insatisfeitos com uma lei que implicaria a redução dos seus vencimentos, os juízes interessados peticionaram aos parlamentares do Estado que reconsiderassem a lei alegando que, caso contrário, recorreriam ao povo. Com êxito, a lei foi revogada<sup>87</sup>.

Com o tempo, as cortes foram efetivamente se engajando mais na tarefa de interpretar a Constituição e, no caso *Champion & Dickson v. Case*, “um circuito federal (*State’s Federal Circuit Court*) invalidou, pela primeira vez, uma lei estadual”<sup>88</sup>. No entanto, a tradição de consideração à vontade popular se mantinha<sup>89</sup>.

Nesse contexto, deve ser compreendido que o caso *Marbury v. Madison* apenas afirmou o Poder Judiciário como mais um ente responsável pela interpretação da constituição, esta, sim, suprema. A supremacia da constituição, portanto, não significaria a supremacia da interpretação conferida pelos tribunais ou, melhor dizendo, da supremacia judicial<sup>90</sup>.

### **3.2.5. Síntese da crítica à supremacia judicial e introdução aos diálogos interinstitucionais**

Para resumir, questionou-se a supremacia judicial sob os fundamentos de que é ela uma possibilidade normativa indesejada diante da crise de legitimidade democrática e de que mesmo a sua alegada fundamentação histórica é deficiente.

Isso, assim como desenvolveram Conrado Hübner Mendes e Miguel Godoy em suas respectivas teses, é um ponto de partida para a propositura de uma nova concepção de controle constitucional que não esteja restrito à atuação das cortes constitucionais<sup>91</sup>. A partir daí, ambos apresentam a possibilidade de diálogo constitucional interinstitucional, em que a interpretação da constituição realizada pelos tribunais não deve se sobressair, mas sim interagir com aquela proposta por outras instituições ou mesmo pelo povo<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> GODOY, M. *Devolver a Constituição...*, pp. 50-52.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 59-50.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 59-60.

<sup>91</sup> GODOY, M. *Devolver a Constituição*. MENDES, C. *Direitos Fundamentais*.

<sup>92</sup> *Ibid.*

O diálogo constitucional, se não resolve, ao menos, atenua a dificuldade contramajoritária da revisão judicial<sup>93</sup>. Ademais, superando-se a supremacia judicial, também fica superada a crítica à fundamentação histórica deficiente da supremacia judicial.

De um lado, resolvem-se os “problemas”, porém, se não houver argumentos em favor da revisão judicial, seria lógico que competisse apenas aos parlamentos, os quais são dotados de representatividade democrática, a tarefa de interpretar a constituição<sup>94</sup>. Daí que não basta ao diálogo resolver a crise de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade judicial, também lhe é exigido apresentar alguma vantagem que torne a atuação das cortes desejáveis.

Nesse sentido, Conrado Mendes sugere que a interação entre cortes e parlamentos, ao invés de ofuscar o autogoverno, consubstanciado no procedimento majoritário, tem o potencial de aprimorá-lo estimulando respostas boas. No diálogo interinstitucional, os parlamentos poderiam superar as decisões das cortes (e vice-versa) se apresentarem boas razões para tanto. Haveria, assim, uma soma entre a legitimidade procedimental e a legitimidade substancial a partir do ônus deliberativo de bons argumentos no diálogo entre juízes e legisladores<sup>95</sup>.

Assim, superando a perspectiva da legitimidade pelo procedimento majoritário, como propõe Jeremy Waldron, e a perspectiva da legitimidade pela resposta certa, como defende Ronald Dworkin, teríamos uma fusão de bons procedimentos em prol de boas respostas, sem que haja uma presunção pela supremacia parlamentar ou pela supremacia judicial:

Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial<sup>96</sup>.

No próximo tópico, em continuidade à discussão, serão avaliadas as formas de diálogo constitucional e o seu potencial para fortalecer a democracia, fundindo, como diria Conrado Mendes, forma e substância.

---

<sup>93</sup> “Theories of constitutional dialogue offer an alternative way of filling the legitimacy lacuna, because if the political branches of government and the people are able to respond to judicial decisions in a dialogic fashion, the force of the countermajoritarian difficulty is overcome, or at the very least, greatly attenuated” (BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, pp. 1109-1180, 2006. P. 1110).

<sup>94</sup> “O ponto de partida da tese é uma conhecida objeção democrática à revisão judicial. Se reagimos a ela dizendo que não há última palavra, mas diálogo permanente entre diferentes instituições políticas (...) aquela objeção deixa de ser tão trágica (...) Essa resposta, todavia, é insatisfatória (...) Não justifica, por si só, os custos que tais decisões podem impor sobre a ‘vontade democrática’ (caso se considere correta a premissa daquela objeção – que o parlamento é o locus central da democracia)” (MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, p. 173).

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp. 193-214.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 212.

### 3.3. O constitucionalismo dialógico como forma de fortalecimento da democracia: possibilidades a partir de virtudes passivas e ativas

O diálogo constitucional interinstitucional pode ser promovido no interior da própria decisão judicial quando juízes consideram a “interação com o legislador”<sup>97</sup>, assim, além de se preocuparem com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, devem ponderar sobre o papel institucional que lhes cabe desempenhar em um processo compartilhado de interpretação da constituição<sup>98</sup>. “A tensão básica entre os autores que defendem uma decisão judicial sensível ao diálogo é de grau: alguns preferem atuações deferentes, passivas e minimalistas; outros uma intervenção ativa e maximalista”<sup>99</sup>.

Entre os autores que articulam as formas de diálogo constitucional, Alexander Bickel e Cass Sunstein defendem o uso das virtudes passivas pelos juízes como forma de estimular os ramos da política majoritária a atuarem em determinada agenda<sup>100</sup>. Já Robert Post e Reva Siegel contra-argumentam propondo uma postura decisória mais ativa pelos juízes, a qual, de acordo com as suas razões, possibilitaria que as cortes contribuíssem substancialmente para a democracia e não impediria as instituições da política majoritária de revisitarem a decisão judicial na respectiva agenda<sup>101</sup>.

#### 3.3.1. O diálogo constitucional por meio das virtudes passivas

Alexander Bickel propõe um modelo de constitucionalismo dialógico no qual cabe ao Poder Judiciário atuar a partir da noção de princípio, este seria o parâmetro de atuação precípua das cortes, as quais deveriam agir sem comprometer a responsabilidade política dos poderes Executivo e Legislativo<sup>102</sup>.

Os princípios seriam valores duráveis da sociedade, os quais as cortes teriam melhores condições de identificar em razão da sua blindagem às pressões para executar políticas de conveniência imediata, do treinamento dos juízes e da proximidade com casos concretos<sup>103</sup>. Vale dizer que a noção de princípios apresentada por Bickel não é muito precisa e não se

---

<sup>97</sup> MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, p. 99.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>100</sup> GODOY, M. **Devolver a Constituição...**, pp. 108-124.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp. 124-137.

<sup>102</sup> BICKEL, A. **The Least Dangerous Branch...**, pp. 24-25.

<sup>103</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

confunde com a noção de princípios na perspectiva de Ronald Dworkin<sup>104</sup>. Alexander Bickel se limita a explicar que os princípios seriam os valores de uma sociedade que transcenderiam as conveniências momentâneas e poderiam se apresentar como uma máxima universal<sup>105</sup>.

No entanto, a imposição rígida de princípios pelas cortes à sociedade não é viável, pois “uma radical solução baseada em princípios colidiria com preconceitos disseminados, os quais nenhum governo assentado no consentimento poderia ignorar, assim como não poderia sacrificar seus objetivos por causa deles” (tradução nossa)<sup>106</sup>. Por assim dizer, ao mesmo tempo em que os tribunais não devem renunciar aos princípios, precisam equilibrar a sua aplicação com a noção de autogoverno, que não se realizaria se o Judiciário decidisse tudo, instituindo uma espécie de “reino platônico”<sup>107</sup>.

Então, a revisão judicial deve estar em sintonia com a premissa básica da democracia como procedimento majoritário. Para tanto, propõe-se que as cortes devem, em verdade, assumir um papel essencialmente educativo e não coercitivo perante os demais poderes, a partir dos princípios<sup>108</sup>.

Mais especificamente, caberá às cortes anunciar princípios ao dispor sobre a constitucionalidade de determinada provisão; porém, quando a sua posição não for suscetível à aceitação geral pela sociedade, Alexander Bickel propõe que a corte não decida a matéria rigidamente<sup>109</sup>, mas sim que a retorne à esfera política representativa, deixando caminho aberto para compromissos políticos condizentes com a maturação do tema conforme permitem as condições políticas do momento<sup>110</sup>.

Sendo assim, as cortes devem evitar anunciar princípios passíveis de forte rejeição pela sociedade, porém não os abandonam, uma vez que apenas estão provocando os ramos da política majoritária a desenvolvê-los conforme as acomodações possíveis<sup>111</sup>.

---

<sup>104</sup> MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, pp. 102 e 110.

<sup>105</sup> BICKEL, A. **The Least Dangerous Branch...**, pp. 55 e 58.

<sup>106</sup> “(...) a radically principled solution would collide with widespread prejudices, which no government resting on consent could disregard, any more than it could sacrifice its goals to them” (*Ibid.*, p. 64).

<sup>107</sup> “(...) it would be intolerable for the court finally to govern all that it touches, for that would turn us into a Platonic kingdom contrary to the morality of self-government” (*ibid.*, p. 200)

<sup>108</sup> *Ibid.*, pp. 26-28.

<sup>109</sup> Embora sejam os princípios importantes por si mesmos, acomodações prudenciais são necessárias: “The principle as such permits no principled flexibility, just as abhorrence of slavery did not. But at the same time, it cannot in our society constitute a hard and fast rule of action for universal immediate execution. This is nothing to be proud of. It is a disagreeable fact, and it cannot be wished away. It is no service to any worthy objective simply to close one's eyes to it.” (*Ibid.*, p. 69).

<sup>110</sup> *Ibid.*, pp. 68-72.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 68-72.

Dessa forma, princípios e compromissos políticos caminhariam juntos; aqueles como guias e estes como acomodações políticas passíveis de serem feitas pelos representantes eleitos diante das circunstâncias presentes<sup>112</sup>.

A seu turno, Cass Sunstein refina as ideias de Bickel e dá continuidade à teoria do diálogo constitucional a partir das virtudes passivas pelos julgadores<sup>113</sup>. A diferença fundamental entre ambos é que, enquanto Alexander Bickel aponta pela possibilidade de “não decisão” das cortes, Cass Sunstein foca no minimalismo judicial: as cortes decidiriam, mas decidiriam pouco<sup>114</sup>.

Na proposta de Sunstein, as cortes poderiam se valer de decisões “estreitas” e “rasas”, ou seja, (i) decisões cujo conteúdo afetaria poucos casos semelhantes (de forma extrema, uma decisão que diria respeito apenas ao caso em julgamento) e (ii) decisões que evitam apresentar fundamentos abstratos passíveis de profundo desacordo na sociedade, limitando-se àqueles suficientes para resolver o caso concreto e que materializam um ponto de convergência mesmo entre pessoas com convicções morais distintas<sup>115</sup>. Com a junção desses dois elementos, os tribunais decidem o caso em exame, mas se limitam a acordos teóricos incompletos a partir dos argumentos passíveis de aceitação na sociedade, deixando o desacordo de lado<sup>116</sup>.

Exemplo de decisão “estreita” e “rasa” foi o caso *Romer v. Evans*, no qual a Suprema Corte norte-americana examinou a constitucionalidade da Emenda n. 2 da Constituição do Colorado, que vedava a adoção de políticas públicas voltadas às pessoas homossexuais<sup>117</sup>. No caso, a Corte se limitou a argumentar que a norma carecia de racionalidade, pois afetava injustificadamente apenas um grupo específico de pessoas e não outros, além de que as razões legislativas invocadas – como a garantia de objeção religiosa – poderiam ser atendidas por outros meios<sup>118</sup>. Dessa forma, não se tratou de outras formas de discriminação contra pessoas homossexuais, “como a exclusão do exército ou o banimento do serviço militar obrigatório” (tradução nossa)<sup>119</sup>, assim como ficou em aberto a própria relação entre as pessoas homossexuais e a Constituição<sup>120</sup>.

---

<sup>112</sup> BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch...*, p. 64.

<sup>113</sup> MENDES, C. *Direitos Fundamentais...*, pp. 111-112.

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>115</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 10-14.

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 10-14.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 10, 16, 17, 138.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 139-140.

<sup>119</sup> “(...) the Court spoke narrowly and said nothing about the range of possible cases involving discrimination against homosexuals, such as exclusion from the military or a ban on same-sex marriage.” (*Ibid.*, p. 10)

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 141.

Para Cass Sunstein, o minimalismo judicial seria uma estratégia para reduzir o ônus de erros judiciais em potencial. Erros decisórios são possíveis mormente em face da deficiência de informação ou de circunstâncias sociais em constante mutação (como, por exemplo, o desenvolvimento do setor de telecomunicações), das limitações da cognição em geral<sup>121</sup>, logo decisões menos ambiciosas podem ser desejáveis, uma vez que reduzem o alcance das consequências indesejadas de uma decisão judicial equivocada<sup>122</sup>.

Ao mesmo tempo, o minimalismo prestigia a democracia. Em um contexto de desacordos morais nas sociedades heterogêneas, a decisão minimalista não encerra a disputa válida; ao revés, decide o caso concreto com fundamento apenas nos consensos existentes e retorna o desacordo para a deliberação pública, de modo que deixa aberto o processo decisório sobre a respectiva matéria aos políticos eleitos e ainda enriquece – em vez de encerrar – o debate existente fornecendo um pouco das suas razões<sup>123</sup>.

Ademais, Cass Sunstein argumenta, o minimalismo evita uma reação política contrária àquela que a corte pretendia promover. Parte-se da premissa de que a “decisão da corte pode ativar forças opositoras e desmobilizar os atores políticos que por ela foram favorecidos. Pode produzir uma forte reação social, deslegitimando no processo tanto a si mesma quanto o objetivo que busca promover” (tradução nossa)<sup>124</sup>. Para Sunstein, exemplo disso foi o caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte norte-americana decidiu pela constitucionalidade do aborto com fundamento no direito de privacidade<sup>125</sup>; em sua análise, a decisão acabou por prejudicar a luta por equidade de gênero, pois reanimou grupos antiaborto ao mesmo tempo em que desmobilizava os coletivos de mulheres<sup>126</sup>.

Vale dizer, no entanto, que a proposta minimalista de Sunstein não é incondicional, pois decisões amplas e profundas podem também ser desejáveis. Isso, porque os objetivos pretendidos com o minimalismo – a redução dos erros e a promoção da democracia – serão mais bem atendidos por decisões maximalistas em determinadas circunstâncias.

Se os julgadores possuírem confiança no mérito da decisão, se a ausência de uma cognição abrangente em determinada matéria pela corte constitucional implicar a proliferação de erros pelas demais instituições, se a necessidade de previsibilidade normativa for relevante

---

<sup>121</sup> SUNSTEIN, C. *One Case at a Time...*, pp. 39-42, 47-50, 51-53.

<sup>122</sup> *Ibid.*, pp. 39-42, 47-50, 51-53.

<sup>123</sup> *Ibid.*, pp. 24-28, 50-51.

<sup>124</sup> “The Courts decision may activate opposing forces and demobilize the political actors that it favors. It may produce an intense social backlash, in the process delegitimizing itself as well as the goal it seeks to promote.” (*Ibid.*, p. 59)

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 120 e 173.



ou se o minimalismo comprometer a atuação da corte para salvaguardar as pré-condições da democracia, o processo deliberativo ou para fornecer um parâmetro substancial claro pelo qual o processo democrático deve se guiar, será mais conveniente que a corte adote uma postura decisória maximalista<sup>127</sup>.

Em síntese, tanto a proposta do Alexander Bickel com a não decisão, quanto a do Cass Sunstein com o minimalismo judicial, prestigiam as virtudes passivas dos julgadores, deixando de decidir ou decidindo pouco em deferência às escolhas legislativas a serem feitas pelos demais atores políticos<sup>128</sup>.

Entretanto, ainda que essa abordagem rejeite o monopólio judicial e busque incentivar a participação dos demais poderes na interpretação constitucional, ela falha ao pressupor a superioridade das cortes para agir como guia a partir dos princípios, ao partir de uma concepção equivocada sobre como os demais poderes efetivamente reagem às decisões da corte constitucional e ao subestimar a possibilidade de as cortes agregarem substancialmente ao processo político deliberativo sobre determinada agenda<sup>129</sup>.

Como visto, Alexander Bickel afirma a superioridade das cortes para identificar princípios. No entanto, essa premissa é questionável com base na crítica já formulada à supremacia judicial, na medida em que contrasta com a existência de desacordos morais existentes e a ausência de uma técnica hermenêutica para saná-los, assim como não se sustenta aos argumentos de insulamento político das cortes ou da sua excepcional atuação como guardiã de direitos, afirmações empiricamente questionáveis<sup>130</sup>. Aliás, a própria aceitação da superioridade das cortes incentiva os legisladores a levarem menos a sério os princípios, optando por transferir essa responsabilidade aos tribunais em deferência às escolhas judiciais<sup>131</sup>.

Quanto ao modo pelo qual os demais poderes reagem às decisões da corte, há um equívoco, pois é contrafactual a expectativa de que o tribunal, ao decidir a matéria, encerraria o debate público; pelo contrário, ao menos nos casos de alta saliência política, os demais poderes costumam continuar a discussão, buscando superar o pronunciamento judicial com a resistência à sua aplicação ou com a aprovação de novas leis em sentido contrário<sup>132</sup>. Sendo assim, a decisão judicial não necessariamente frustrará o processo político, de modo que os

---

<sup>127</sup> SUNSTEIN, C. **One Case at a Time...**, pp. 54-60.

<sup>128</sup> MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, pp. 100-118. GODOY, M. **Devolver a Constituição...**, pp. 108-124.

<sup>129</sup> BATEUP, C. **The Dialogic Promise...**, pp. 1133-1135.

<sup>130</sup> *Ibid.*, pp. 1148-1150.

<sup>131</sup> *Ibid.*, pp. 1150-1151.

<sup>132</sup> FRIEDMAN, B. **The Politics of Judicial Review...**, pp. 643-653.

métodos pela “não decisão” ou pelo “minimalismo judicial” para solucionar a “dificuldade contramajoritária” estão “deslocados”<sup>133</sup>.

Por fim, resta mencionar que as virtudes passivas não contribuem tanto para um valor substancial que a atuação judicial poderia agregar ao debate constitucional<sup>134</sup>. Com efeito, a ausência de decisão ou a preferência por decisões minimalistas minimizam a participação das cortes na deliberação pública em determinada agenda, o que exigiria uma participação mais maximalista. Assim, fica subutilizado o potencial do Poder Judiciário de fornecer bons argumentos para a tarefa compartilhada de interpretar a constituição.

### 3.3.2. O diálogo constitucional por meio das virtudes ativas

Robert Post e Reva Siegel respondem às virtudes passivas, demonstrando, a partir de exemplos históricos, que a adjudicação constitucional não subtrai a constituição do processo político. Pelo contrário, o processo constitucional se desenvolve pela relação interdependente entre cortes e a cultura popular<sup>135</sup>.

Os autores, da escola de Yale, compreendem que a autoridade e a legitimidade da constituição dependem da sua responsividade democrática, a qual é, portanto, parâmetro para a aceitação popular do controle judicial de constitucionalidade<sup>136</sup>; ademais, mesmo em face da existência de desacordos morais razoáveis, a constituição pode manter a credibilidade entre aqueles cuja proposta de interpretação restou vencida, uma vez que eles mantêm a esperança de persuadir os outros e a própria corte no futuro<sup>137</sup>.

Como passaremos a explicar, a dinâmica positiva da adjudicação, de fato, leva em conta o ônus substancial para demonstrar a responsividade à cultura popular ou cultura constitucional, assim como não obsta que os cidadãos irrisignados busquem superar a decisão judicial

---

<sup>133</sup> “(...) by demonstrating that the judiciary often does not have the final word on constitutional questions, this account largely displaces countermajoritarian concerns. No matter what form of adjudication the Court undertakes, its decisions are subject to the political process and to continued checking and political revision” (BATEUP, C. **The Dialogic Promise**..., pp. 1140-1141).

<sup>134</sup> *Ibid.*, pp. 1133-1134.

<sup>135</sup> O termo cultura ou constitucionalismo cultural é usado para expressar “as crenças e valores de atores fora do Poder Judiciário” (POST, Robert. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117(1), pp. 4-112, 2003. P. 8).

<sup>136</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. PP. 26-29.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 27.

convencendo os demais em sentido contrário. Embora não afirmem expressamente, Post e Siegel acabam por descrever e defender um modelo de democracia deliberativa<sup>138</sup>.

Com efeito, Robert Post observa que o direito dos tribunais não é factualmente uma disciplina independente da cultura, ainda que ocasionalmente a corte constitucional pretenda que assim seja. Para demonstrar, ele descreve como a Suprema Corte norte-americana alterou, no caso *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, a interpretação que então conferia ao direito de igualdade, previsto na seção cinco da 14ª emenda da Constituição norte-americana, como forma de se adequar às circunstâncias sociais presentes<sup>139</sup>.

No contexto, os precedentes da Corte exigiam que o Congresso americano demonstrasse rigorosamente a existência de discriminação histórica para instituir leis em favor de um grupo, com fundamento na Emenda n. 14; porém, o caso *Hibbs* sinalizou uma mudança na posição do Tribunal ao reconhecer a validade da Lei de Licença Familiar e Médica de 1993, a qual concedia o direito de licença não remunerada do trabalho ao empregado(a) para cuidado maternal ou de familiares adoecidos<sup>140</sup>. Embora o Congresso não houvesse logrado demonstrar uma situação histórica de discriminação a justificar a lei, como exigia a jurisprudência vigente, a Suprema Corte refreou o escrutínio sobre o Congresso e julgou constitucional a posição legislativa ao argumento de que persistem estereótipos de gênero que geram encargos familiares em desvantagem das mulheres, caracterizando-se a situação de discriminação histórica<sup>141</sup>.

De acordo com Post, essa mudança de postura relaxando o ônus do Congresso ao editar lei com fundamento no direito de igualdade prevenia que a Corte posteriormente se encontrasse coagida a invalidar dispositivos do Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, o que acabaria por conflitar com os legados das lutas por igualdade racial e de gênero nos Estados Unidos, durante as décadas de 60 e 70<sup>142</sup>. Dessa maneira, como em outros possíveis exemplos, a Corte revelou-se sujeita ao aprendizado e aos influxos culturais da sociedade.

De outro forma, “se as cortes buscarem aplicar princípios constitucionais que divergem seriamente da vontade constitucional popular, a sua autoridade estaria em disputa” (tradução nossa)<sup>143</sup>. Em verdade, não há significativa controvérsia quanto ao desgaste da estabilidade e

---

<sup>138</sup> 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, v. 64, n. 2, pp. 61-88, maio/ago. 2019. P. 76.

<sup>139</sup> POST, R. *Fashioning the Legal Constitution...*, pp. 11-41.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pp. 11-41.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 11-41.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 19-25.

<sup>143</sup> “(...) if this alignment between constitutional law and constitutional culture is not maintained, if the Court attempts to enforce constitutional principles that seriously diverge from popular constitutional beliefs, its authority will soon be challenged.” (*Ibid.*, p. 39).

legitimidade institucional que ocorreria se as cortes não conferissem qualquer consideração mínima à cultura popular<sup>144</sup>.

Ademais, em um contexto de desacordos morais quanto ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, os quais, muitas vezes, possuem semântica aberta a diferentes concepções, não há uma técnica legal precisa para solucionar o conflito, de modo que os julgadores buscam na cultura os valores a serem protegidos<sup>145</sup>. Dessa forma, seria contraproducente insistir no entrincheiramento do direito constitucional privilegiando a perspectiva dos tribunais. Por assim dizer, a “adjudicação constitucional intervém para moldar o desenvolvimento de determinada cultura com base em sua compreensão dessa cultura. Dessa forma, o direito constitucional reflete e restringe simultaneamente os valores populares”<sup>146</sup> (tradução nossa).

Ressalta-se, no entanto, que a adjudicação constitucional não é exclusivamente fundada na leitura cultural da sociedade. O texto constitucional propriamente é a fonte primária, porém, se esse não for suficientemente claro diante da controvérsia existente, “as cortes devem olhar além do texto”<sup>147</sup>, daí advém a própria necessidade prática de se extrair algum valor moral das práticas culturais contemporâneas.

Em síntese, não sendo a força legal do texto constitucional um parâmetro suficiente de normatividade e legitimidade para o exame de constitucionalidade, resta às cortes o ônus de persuasão de que a sua posição reflete ou tem o potencial de refletir os valores da sociedade<sup>148</sup>. A adjudicação, portanto, está em sintonia com a responsividade democrática entre o sentido da constituição e o povo. Logo, rejeita-se a noção de adjudicação como exercício autônomo e excludente da cultura, ao passo em que se afirma a compatibilidade entre a revisão judicial e a cultura popular<sup>149</sup>.

Vale ressaltar que as cortes e os poderes representativos da sociedade não devem se sobrepor, ambos contribuem para o direito constitucional informando-se mutuamente com perspectivas diferentes. Enquanto a sociedade provê as cortes com os valores culturais

---

<sup>144</sup> POST, R. *Fashioning the Legal Constitution...*, pp. 43-44.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 52-56 e 81-83.

<sup>146</sup> “(...) it intervenes to shape the development of that culture on the basis of its understanding of that culture. In this way constitutional law simultaneously reflects and restrains popular values.” (*Ibid.*, p. 54).

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>148</sup> “(...) the Court will be vulnerable to the charge that it is improperly appropriating the authority of law to enforce a partisan cultural perspective. The Court will not be able to defend against this charge by pointing to the text of the Constitution, or to the intent of the Framers, or even to the immanent values of American history and tradition. It will instead have to defend itself by articulating with clarity and integrity the constitutional values that inform its judgment.” (*Ibid.*, p. 106)

<sup>149</sup> *Ibid.*, pp. 107-112.

existentes, os juízes contribuem para o debate constitucional a partir da sua perspectiva legal/profissional, que tem o potencial de promover direitos e estabilidade<sup>150</sup>.

Ainda, há mesmo a possibilidade de as cortes promoverem mudanças sociais se forem capazes de “transformar a cultura constitucional”<sup>151</sup>, em um processo que inicialmente causaria instabilidade institucional, mas potencialmente encontraria equilíbrio se a sociedade ao fim adotar como sua a posição então defendida pela corte constitucional<sup>152</sup>.

Não se olvida, entretanto, a possibilidade de que o desacordo moral subjacente às sociedades heterogêneas permaneça após a adjudicação e que os argumentos aventados pela corte não recebam adesão popular mesmo ao longo prazo, persistindo a instabilidade entre direito constitucional e cultura constitucional. Ainda assim, os cidadãos podem manter adesão ao texto constitucional e ao seu caráter responsivo por considerarem que podem persuadir os seus pares a se mobilizar para superar o precedente judicial<sup>153</sup>.

Dessa maneira, o *backlash* deixa de assumir a conotação negativa como colocado por Sunstein em sua defesa do minimalismo judicial. Torna-se, na verdade, promotor da democracia deliberativa quando, de um lado, possibilita que a constituição mantenha sua responsividade mesmo perante aqueles cuja opinião não prevalece no momento e, de outro, estimula os cidadãos a se engajarem em um novo processo deliberativo para convencer os demais, incluindo as cortes<sup>154</sup>. Nesse sentido, o *backlash* acaba por “fortalecer a coesão social e a legitimidade constitucional em uma nação normativamente heterogênea” (tradução nossa)<sup>155</sup>.

Com efeito, as controvérsias têm um potencial construtivo estimulando a troca de argumentos que, ao final, contribuem para novas convicções e comprometimentos<sup>156</sup>, mormente em face das contribuições substanciais específicas que cortes e demais ramos da política podem oferecer informando-se mutuamente a partir das suas perspectivas específicas. Nesse contexto,

---

<sup>150</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, v. 92, pp. 1027-1044, 2004. P. 1038.

<sup>151</sup> “Because the legitimacy of constitutional law is rooted in constitutional culture, the Court can transform the content of constitutional law in controversial ways only by simultaneously transforming constitutional culture. The nation must come to believe that the Court's distinct vision of constitutional law also expresses the country's fundamental convictions and beliefs.” (POST, R. *Fashioning the Legal Constitution...*, p. 107)

<sup>152</sup> *Ibid.*, pp. 107-108.

<sup>153</sup> POST, R; SIEGEL, R. *Democratic Constitutionalism...*, p. 27.

<sup>154</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage Democratic Constitutionalism and Backlash. Faculty Scholarship Series*, v. 169, pp. 373-433, 2007. PP. 388-391 e 403-406.

<sup>155</sup> “In these and other ways, backlash can strengthen social cohesion and constitutional legitimacy in a normatively heterogeneous nation (...)” (*Ibid.*, p. 405).

<sup>156</sup> *Ibid.*, pp. 425-430.

a aplicação das virtudes passivas para evitar controvérsias em prevenção ao *backlash* minaria um papel substancial ativo que a corte constitucional e a mobilização popular têm a fornecer<sup>157</sup>.

Robert Post e Reva Siegel defendem, então, um potencial deliberativo positivo que adviria da disputa entre cortes e demais instituições por uma determinada visão constitucional. Em vez de ser essa uma interação de soma zero, o embate incentivaria a elaboração de bons argumentos para a superação da decisão vigente, de modo que a controvérsia moral existente não deve ser evitada como propõe a teoria minimalista, pois é saudável, favorecendo a criação de consensos mais bem articulados<sup>158</sup>.

Por fim, para Post e Siegel, as mudanças sociais dependem da capacidade dos seus defensores de apresentar uma visão substancialmente atraente; com base nisso, a sociedade reage. Não é, pois, um método de decisão judicial específico, como, por exemplo, o minimalismo com as suas decisões estreitas e rasas, que determinará a reação dos atores políticos<sup>159</sup>. No caso *Roe v. Wade*, por exemplo, mencionado por Cass Sunstein em razão das consequências posteriores que contrariaram os resultados pretendidos pela adjudicação, não foi propriamente a característica maximalista da decisão judicial que implicou o *backlash*, mas sim a existência de um movimento antiaborto de longa data muito bem articulado que reagiria, da mesma forma como reagiu diante de *Roe*, se o direito ao aborto houvesse sido garantido pela via legislativa ou por uma adjudicação menos abrangente<sup>160</sup>.

### **3.3.3. Síntese das virtudes ativas e do seu potencial para fortalecer a democracia deliberativa**

A forma de diálogo descrita e defendida por Robert Post e Reva Siegel é um modelo não apenas factual, mas também normativamente atraente ao possibilitar que as cortes constitucionais, para além de serem mais uma instituição a interpretar a constituição, contribuam para a discussão pública em prol de consensos melhores e mais duradouros<sup>161</sup>.

Inicialmente reconhece-se que os juízes não são guardiões entrincheirados, pois, assim como as cortes afetam a sociedade, os valores culturais da sociedade informam as cortes. Há, então, uma relação interdependente de aprendizado, em que a identidade do povo, cujos valores

---

<sup>157</sup> É prudente evitar certas controvérsias, no entanto esse juízo deve depender do contexto específico, em vez de ser tido como uma regra geral como defende a proposta minimalista (POST, R; SIEGEL, R. *Roe Rage...*, pp. 426-427).

<sup>158</sup> GODOY, M. *Devolver a Constituição...*, pp. 128-131.

<sup>159</sup> POST; SIEGEL, *op. cit.*, pp. 406-409.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp. 409-425.

<sup>161</sup> BATEUP, C. *The Dialogic Promise...*, pp. 1157-1168.

forneem um parâmetro argumentativo e de legitimidade constitucional, não é apartada da adjudicação.

A decisão judicial, entretanto, não é infalível e pode ser que não conquiste responsividade democrática. Daí que as cortes não detêm o monopólio da última palavra sobre a constituição, a adjudicação constitucional será desafiada se os argumentos dos tribunais não forem suficientes para persuadir os cidadãos, o que permite a manutenção da responsividade democrática do sentido constitucional. Ora, se o precedente judicial não convence, outros setores da sociedade poderão revertê-lo se forem capazes de apresentar argumentos mais convincentes. Nesses termos, o *backlash* tanto reforça a identificação do povo com a interpretação constitucional, quanto promove ainda mais a deliberação pública.

No ponto, vale reforçar que não é uma proposta minimalista de adjudicação que guiará a sociedade às mudanças sociais desejáveis, mas sim a defesa substancial dos valores que se buscam afirmar, pois métodos judiciais não mobilizam os grupos políticos, mas sim os valores em disputa.

Portanto, de um lado, leva-se a sério a crítica à supremacia judicial; de outro, identifica-se um valor relevante que a adjudicação constitucional fornece, qual seja, o incremento da deliberação pública por meio de uma ampla discussão moral desinibida<sup>162</sup>.

Nesse contexto, vale o alerta dos professores Daniel Hachem e Eloi Pethechust de que o diálogo constitucional só se realiza deliberativamente quando os debatedores levam em consideração os argumentos do outro, seja em concordância ou em rejeição<sup>163</sup>. Caso contrário, não haveria diálogo, mas sim uma sucessão de monólogos<sup>164</sup>. Reforça-se, assim, é desejável em prol do potencial deliberativo do *backlash* que tribunais e demais atores políticos, quando em interação, de fato, correlacionem os seus argumentos dialeticamente.

---

<sup>162</sup> GODOY, M. **Devolver a Constituição...**, pp. 128-131.

<sup>163</sup> HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, pp. 209-237, 2021. PP. 212-220 e 227-231.

<sup>164</sup> *Ibid.*, pp. 212-220 e 227-231.

**4. OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MS N. 24.875, ADI N. 2.797-2, ADI N. 3.772, ADI N. 4.578, ADC N. 29, ADC N. 30, ADI N. 5.105, ADI N. 4.579, RE N. 1.116.485, ADI N. 5.728**

Como visto nos tópicos 3.3.2 e 3.3.3, do Capítulo 3, o *backlash* é uma forma de diálogo constitucional entre as instituições democráticas, para manter a responsividade da constituição e, ao mesmo tempo, incentivar a deliberação entre instituições e entre estas e o povo em prol de argumentos mais convincentes a responder ao desacordo moral vigente.

Tendo em vista o potencial do *backlash* para fortalecer a democracia, é importante que a corte constitucional não o invalide por si só quando seus precedentes são confrontados, mas sim que reanalise amplamente a matéria em disputa, para avaliar, a cada caso, a constitucionalidade da superação do seu julgado, engajando-se, desse modo, em uma troca interinstitucional de razões ou, melhor dizendo, em um processo deliberativo entre instituições.

Com essas premissas, passa-se a examinar a reação do Supremo Tribunal Federal ao *backlash* promovido pelo Congresso Nacional, ou seja, a reação da Corte à superação legislativa dos seus precedentes.

**4.1. A reação da Corte ao *backlash* via legislativa ordinária**

**4.1.1. Extensão temporal do foro por prerrogativa de função – ADI n. 2.797-2**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4 - SP, decidiu pelo cancelamento da Súmula n. 394, de acordo com a qual “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Relator, Sydney Sanches, alegou que o enunciado sumular não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o art. 102, I, “b” e “c”, do texto constitucional prevê a prerrogativa de foro aos membros do Congresso Nacional, ao Presidente e Vice-Presidente da República, ao Procurador-Geral da República, aos Ministros de Estado, entre outras autoridades, porém não confere essa prerrogativa àqueles que já não mais ocupam os respectivos cargos<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sydney Sanches, Brasília, 2001, pp. 239-255.



Ademais, argumentou o Relator que o foro especial é uma proteção ao cargo e não à pessoa, que a prerrogativa deveria ser interpretada de forma restritiva para não se transformar em privilégio pessoal e que a interpretação expansiva então vigente onera a sobrecarga de trabalho da Corte, assim como prejudica a eficiência e celeridade processual<sup>166</sup>.

Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence divergiu, manifestou-se também pelo cancelamento da Súmula n. 394, propondo, contudo, novo enunciado sumular: “cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”<sup>167</sup>. Dessa forma, o Ministro não se opôs à extensão temporal do foro por prerrogativa nos termos da Súmula n. 394, apenas propôs nova reformulação para que a aplicação do foro seja limitada ao crime cometido “no exercício do cargo”, em vez de abranger qualquer crime cometido durante o período de investidura.

Em suas razões, o Ministro Sepúlveda reforçou a importância do foro especial para o exercício do cargo público, porém ressaltou que autoridades, como o Presidente da República e os congressistas, já gozam de imunidades diversas contra a persecução penal enquanto investidos, assim o foro especial mais lhes interessaria para o momento posterior à cessação da função pública, o que seria importante para o exercício tranquilo do cargo atual sem receio de retaliações políticas futuras. Nesse sentido, a Súmula deveria ser cancelada apenas para permitir que seja editado enunciado aperfeiçoado com a limitação do foro àqueles crimes cometidos no exercício da função pública<sup>168</sup>.

Acompanharam o Relator, nos termos do seu voto, os Ministros Moreira Alves, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Octavio Gallotti, Néri da Silveira<sup>169</sup>. De outro lado, os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira seguiram a divergência<sup>170</sup>. Por unanimidade de votos, restou cancelada a Súmula n. 394 e, por maioria, o Tribunal Pleno rejeitou a proposta de novo enunciado sumular nos termos propostos pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Daí sobreveio a reação legislativa com a edição da Lei n. 10.628/2002, a qual reverteu o precedente do Supremo Tribunal, conferindo ao § 1º do art. 84 do CPP a seguinte redação: “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente,

---

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4...**, pp. 239-255.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 256-269.

<sup>169</sup> *Ibid.*, pp. 272-290, 292-296, 297, 298-300, 304 e 316-318.

<sup>170</sup> *Ibid.*, pp. 291 e 316-318.

prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

No contexto, é interessante notar que a justificção apresentada ao Projeto Legislativo correspondente se baseou expressamente no voto divergente do Ministro Sepúlveda Pertence pela necessidade de se assegurar a tranquilidade no exercício do cargo em face de retaliações políticas posteriores ao período de investidura<sup>171</sup>.

Por fim, a Suprema Corte foi provocada a decidir sobre a reação parlamentar, ao julgar a ADIn n. 2.797-2.

O Relator da Ação, coincidentemente o Ministro Sepúlveda Pertence, identificou que a Lei n. 10.628/2002 se tratava da tentativa parlamentar de superar o precedente da Corte no Inq-QO n. 687. No ponto, o Relator votou pela existência de inconstitucionalidade formal; argumentou que não pode a lei ordinária superar a decisão do Supremo<sup>172</sup>, pois não poderia ela promover a interpretação autêntica de norma constitucional, nem usurpar a competência da Corte como “intérprete final da Lei Fundamental”<sup>173</sup> ou submeter as decisões do Tribunal a uma espécie de “referendo”<sup>174</sup>.

Da mesma forma, os Ministros Carlos Velloso e Cezar Peluso acompanharam o Relator reforçando que o Supremo Tribunal é o intérprete maior da Constitucional, de modo que não é desejável que o controle judicial seja revisto pelo Parlamento<sup>175</sup>.

Já os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello também acompanharam o Relator, porém com fundamentos diferentes, não discutiram sobre o fenômeno do *backlash* em si, trataram de reanalisar o conteúdo da nova Lei e, a partir daí, concluíram pela existência de vício formal ao argumento de que a lei ordinária não pode alterar as regras sobre foro porque isso afetaria a competência processual do próprio Supremo Tribunal Federal e pela existência de vício material de constitucionalidade uma vez que a aplicação extensiva do foro especial criaria privilégios, conforme já decidido no Inq-QO n. 687<sup>176</sup>.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau, em voto divergente, contra-argumentou o voto do Ministro Sepúlveda Pertence quanto às considerações sobre o *backlash*, assim aduziu que não é a Suprema Corte o único intérprete autêntico da Constituição, sendo também o legislador

---

<sup>171</sup> BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 6.295/2002**. Altera a redação do art. 84, do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Diário da Câmara dos Deputados de 05/04/2002: Brasília, 2002, pp. 13601-13602.

<sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 2006a, pp. 279-287.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>175</sup> *Ibid.*, pp. 349-355 e 436-441.

<sup>176</sup> *Ibid.*, pp. 342-348, 431-435 e 442-471.

ordinário, pelo que não haveria a inconstitucionalidade formal suscitada pelo Ministro Pertence<sup>177</sup>.

Em sequência, o Ministro Eros Grau também rejeitou a existência de vício material dos dispositivos em exame. Ainda que sem menção expressa ao Inq-QO n. 687 ou à justificação do projeto que originou a Lei n. 10.628/2002, o Ministro Eros discorreu sobre a importância do foro por prerrogativa para a proteção da função pública evitando formas de denunciamento após a cessação das funções públicas do agente<sup>178</sup>.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie acompanharam a divergência sem maiores digressões<sup>179</sup>.

Também, o Ministro Gilmar Mendes rejeitou a existência de inconstitucionalidade formal diante da reversão legislativa do precedente da Corte, defendendo que o texto constitucional está aberto a uma pluralidade de intérpretes, entre os quais está o legislador, cuja atividade legiferante implica essencialmente a interpretação constitucional<sup>180</sup>. Já em relação à constitucionalidade material, o Ministro Gilmar argumentou que a prerrogativa de foro é útil principalmente para evitar coações políticas que podem ocorrer mesmo após a cessação da função pública e, nesse sentido, referenciou tanto o voto do Ministro Pertence no Inq-QO n. 687 quanto a justificação presente no Projeto de Lei que originou a Lei n. 10.628/2002<sup>181</sup>.

Por maioria de votos, a reversão legislativa promovida pela Lei n. 10.628/2002 foi declarada inconstitucional.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Sepúlveda Pertence	Rejeita.	Não.	Sim.
Ministro Carlos Velloso	Rejeita.	Não.	Sim.
Ministro Cezar Peluso	Rejeita.	Não.	Sim.
Ministro Carlos Britto	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Marco Aurélio	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2...**, pp. 300-305.

<sup>178</sup> *Ibid.*, pp. 305-322.

<sup>179</sup> *Ibid.*, pp. 334-335 e 472.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pp. 359-370.

<sup>181</sup> *Ibid.*, pp. 395-403.

Ministro Celso de Mello	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Eros Grau	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Joaquim Barbosa	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Ellen Gracie	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Gilmar Mendes	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Nelson Jobim (ausente)	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.

#### **4.1.2. Funções de magistério a serem consideradas para fins de aposentadoria especial do professor – ADI 3.772**

Em contrariedade aos precedentes do Supremo Tribunal Federal consubstanciados na Súmula de jurisprudência n. 726: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”, o Congresso Nacional editou a Lei n. 11.301/2006, a qual conferiu nova redação ao § 2º do art. 67 da Lei n. 9.394/1996:

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

Dessa forma, a mudança legislativa permitiu que os profissionais da educação em atividade de direção, coordenação ou assessoramento escolar se beneficiem da aposentadoria especial dos docentes, prevista no § 5º do art. 40<sup>182</sup> e § 8º do art. 201 da Constituição Federal<sup>183</sup>.

A justificativa legislativa basicamente sustentou a necessidade de se definir as funções de magistério em prol da estabilidade normativa, argumentou que mesmo atividades administrativas no âmbito escolar são desenvolvidas por profissionais com formação

<sup>182</sup> “Art. 40 (...) § 5º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.”

<sup>183</sup> “Art. 201 (...) § 8º O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar.”

pedagógica e experiência docente<sup>184</sup>, bem como afirmou o “*locus* eminentemente escolar” de atividades desempenhadas fora da sala de aula quando há “contato direto com professores e alunos”<sup>185</sup>.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir sobre a reversão parlamentar da Súmula de jurisprudência, ao julgar a ADI n. 3.772.

O Ministro Relator, Carlos Britto, votou pela inconstitucionalidade da Lei n. 11.301/2006, ao argumento de que a aposentadoria especial só pode ser concedida ao professor que trabalha efetivamente em sala de aula, pois ele teria encargos adicionais – elaboração de provas e materiais didáticos, estudo, reunião com pais, entre outras atividades – que diretores, coordenadores e assessores pedagógicos não têm<sup>186</sup>. Acompanhou o relator, sem maiores considerações, o Ministro Joaquim Barbosa<sup>187</sup>.

No mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator nos termos do seu voto e acrescentou que somente a docência em sala de aula é a atividade-fim do sistema educacional.<sup>188</sup>

A seu turno, o Ministro Ricardo Lewandowski inaugurou a divergência, aduzindo que a docência não se restringe às salas de aula, sendo que, em muitos Estados, a carreira de magistério abrange os cargos de direção; por fim, tendo ainda em vista o comando de valorização dos profissionais da educação, previsto no art. 206, V, da Constituição Federal, votou pela interpretação extensiva do sentido de “professor” para conceder a benesse da aposentadoria especial aos docentes que exercem cargos de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. De outro lado, o Ministro Lewandowski votou pela inconstitucionalidade da benesse aos especialistas em educação, considerando o caráter taxativo da aposentadoria especial em favor dos professores, nos termos § 5º do art. 40 e § 8º do art. 201 da Constituição Federal<sup>189</sup>.

Os Ministros Ellen Gracie, Marco Aurélio e Cezar Peluso seguiram a divergência<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 4.671/2004**. Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de função de magistério. Diário da Câmara dos Deputados de 31/12/2004: Brasília, 2004b, p. 58017.

<sup>185</sup> BRASIL. **Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n. 4.671/2004. Diário da Câmara dos Deputados de 16/09/2005: Brasília, 2005, pp. 45766-45767.

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Carlos Britto. Redator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2009, pp. 90-100.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>188</sup> *Ibid.*, pp. 101-103.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. pp. 110-116.

<sup>190</sup> *Ibid.*, pp. 145-147, 148-149.

Vale destacar, no contexto, a fala do Ministro Cezar Peluso em oposição à Súmula n. 726 durante os debates no Tribunal: “Nós vamos mudá-la. Vamos dar interpretação para ela. Nós não participamos de nenhum dos precedentes que fundaram essa Súmula”<sup>191</sup>.

No mesmo sentido, seguiu a divergência o Ministro Eros Grau (inclusive, lembrando a fala do Ministro Cezar Peluso), o qual partiu da premissa de que os professores tanto são aqueles que exercem funções em sala de aula como aqueles em atividades de direção, coordenação e assessoramento, para acrescentar que eventual diferenciação penalizando aqueles em atividades administrativas seria indesejável ao desestimular “que a escola seja dirigida por qualquer membro do seu corpo docente”<sup>192</sup> em desvalorização dos profissionais da educação<sup>193</sup>.

Por sua vez, a Ministra Ellen Gracie, em voto ligeiramente diferente da divergência instaurada, julgou a ação totalmente improcedente, deixando de excluir os especialistas em educação da aposentadoria especial<sup>194</sup>.

Ao fim, a Corte, por maioria, julgou parcialmente constitucional a reversão legislativa para estender a aposentadoria especial aos professores que ocupam cargos de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, sendo declarado inconstitucional apenas o trecho que estende essa benesse aos especialistas em educação.

Observa-se que, conquanto não tenha ocorrido a discussão quanto à validade do fenômeno *backlash* como houve no precedente anterior, a ADIn n. 2.797, a Suprema Corte acabou por superar tacitamente a compreensão de que o *backlash* implica a usurpação pelo legislador da competência do Supremo como intérprete da Constituição, pois desta vez nenhum ministro sustentou esse argumento, além de que a norma objeto da reversão legislativa foi declarada parcialmente constitucional, por maioria de votos.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Carlos Britto	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Joaquim Barbosa	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772...**, p. 109.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pp. 119-125.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 143-144.

Ministra Cármen Lúcia	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Ricardo Lewandowski	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Marco Aurélio	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Cezar Peluso	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Eros Grau	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Ellen Gracie	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Gilmar Mendes (ausente)	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.
Ministro Menezes Direito (ausente)	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.
Ministro Celso de Mello (ausente)	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.

#### **4.1.3. Inelegibilidade de candidato político em face de decisão condenatória sem trânsito em julgado – ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30 (julgamento conjunto)**

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir, na ADPF n. 144, sobre a exigência de trânsito em julgado de decisão condenatória para fins de inelegibilidade política, conforme impunha a redação original do art. 1º, I, alíneas “d”, “e”, “h”, e art. 15 da Lei Complementar n. 64/90.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Relator, Celso de Mello, discorreu sobre a associação entre o princípio da presunção de inocência e a história da democracia, e dispôs sobre a ampla absorção do referido princípio por documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana (ONU) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>195</sup>.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2010c, pp. 407-429.

Nesse cenário, continuou o Ministro Relator, a Constituição Cidadã de 1988 não somente no âmbito processual penal, mas em todos as áreas de atuação do Estado, condicionou a culpabilidade a um juízo de certeza, de modo que só seria constituída após o trânsito judicial de sentença condenatória<sup>196</sup>; vale reforçar, no ponto, que a restrição à elegibilidade seria uma limitação importante da cidadania. Nesse mesmo sentido, apontou o Relator precedentes da Corte<sup>197</sup>.

Na sequência, em relação à eventual procrastinação do trânsito em julgado pela defesa do réu, sustentou o Relator que o Supremo Tribunal já neutraliza a prática reconhecendo o abuso de direito de recorrer e determinando excepcionalmente a execução imediata da decisão judicial<sup>198</sup>. Ao final, o Ministro Relator reforçou que a moralidade na política é importante e, por consequência, revela-se assim também a análise da vida pregressa dos candidatos<sup>199</sup>, contudo, a inelegibilidade só deve ocorrer após o trânsito em julgado, pois “a legitimidade dos fins (...) não justifica a ilegalidade ou inconstitucionalidade dos meios”<sup>200</sup>.

Acompanharam o Relator os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes<sup>201</sup>.

Vale destacar, em acréscimo aos argumentos apresentados no voto do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe a informação de que 28,5% dos recursos extraordinários em matéria criminal são, total ou parcialmente, providos<sup>202</sup>, ou seja, “mais de um quarto dos candidatos eventualmente barrados em função de uma condenação em primeira ou segunda instância (...) teriam transmudadas as suas fichas”<sup>203</sup>. Também, o Ministro Cezar Peluso adicionou que as interpretações expansivas em matéria penal são indesejadas, pois podem conduzir à arbitrariedade com o sensacionalismo punitivista<sup>204</sup>.

O Ministro Carlos Britto divergiu da posição dominante, defendeu que a inelegibilidade não está adstrita ao trânsito em julgado de decisão condenatória. Isso, ao argumento de que o direito de candidatura não tem essência individual, mas sim coletiva: as pessoas se candidatam

---

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144...** pp. 429-441.

<sup>197</sup> *Ibid.*, pp. 446-453.

<sup>198</sup> *Ibid.*, pp. 461-463.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 497.

<sup>201</sup> *Ibid.*, pp. 540-545, 546-552, 553-559, 560-576, 577-590, 591-596, 597-598, 599-615.

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp. 553-559.

<sup>203</sup> *Ibid.*, pp. 558-559.

<sup>204</sup> *Ibid.*, pp. 577-590.



para representar e beneficiar toda a coletividade, pelo que os princípios da probidade, da moralidade e da observância da vida pregressa são condições da elegibilidade<sup>205</sup>.

No contexto, continuou o Ministro, vale dizer que a mera inelegibilidade por si só sequer afetaria os demais direitos políticos, como o de votar; seria uma precaução muito mais restrita do que a ampla suspensão dos direitos políticos, esta, sim, só possível após o trânsito da sentença penal condenatória<sup>206</sup>.

A divergência foi acompanhada pelo Ministro Joaquim Barbosa<sup>207</sup>.

Foi, então, por maioria, julgado constitucional o requisito do trânsito em julgado para se configurar a inelegibilidade diante de decisão condenatória.

Sobreveio o *backlash*, por meio de iniciativa legislativa popular, que culminou na edição da Lei Complementar n. 135/2010. A mudança, entre outras disposições, alterou a redação da Lei Complementar n. 64/1990 para instituir a previsão de inelegibilidade a partir da decisão condenatória colegiada, sem a exigência do trânsito em julgado<sup>208</sup>.

O Relator do projeto que originou a Lei Complementar n. 135/2010, Deputado José Eduardo Cardozo, enfatizou que a iniciativa legislativa, de autoria popular, contou com um

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144...**, pp. 516-534.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 532-534.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 335-339.

<sup>208</sup> “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (...) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (...) n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;”

milhão e setecentas mil assinaturas<sup>209</sup>; após, tratou de defender a ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse contexto, sustentou o Relator do referido projeto de lei que a salvaguarda do trânsito em julgado deve se restringir ao processo penal, sendo isso factível no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que pronunciamentos judiciais nos processos de natureza civil podem ser dotados de eficácia imediata se ausente recurso com efeito suspensivo<sup>210</sup>. Ademais, no âmbito eleitoral, impõe-se o interesse da sociedade em afastar dos cargos eletivos aqueles candidatos que não preenchem o requisito moral para tanto<sup>211</sup>.

Ao fim, ressaltou-se que a lei não visa a implicar restrições animosas, por isso as hipóteses de inelegibilidade dirigem-se apenas à condenação por crimes dolosos não classificados como de menor potencial ofensivo, bem como aos atos dolosos de improbidade administrativa<sup>212</sup>; já no âmbito processual, previu-se “a excepcional possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos contra as decisões de órgãos colegiados, ainda não transitadas em julgado, que venham a atribuir a condição de inelegibilidade ao recorrente”<sup>213</sup>.

Posteriormente, no julgamento conjunto da ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30, a Suprema Corte foi novamente provocada a se manifestar quanto à constitucionalidade da situação de inelegibilidade decorrente de decisão judicial não transitada em julgado.

O Ministro Relator das Ações, Luiz Fux, votou pela superação do precedente anterior da Corte, em anuência à reversão legislativa pela configuração da inelegibilidade a partir da decisão colegiada condenatória mesmo sem trânsito em julgado<sup>214</sup>.

Nesse sentido, o Ministro Relator afirmou haver uma cobrança social por probidade na política, sendo exemplo disso a própria iniciativa popular para superar o precedente da Corte, que contou com mais de um milhão de assinaturas<sup>215</sup>. Na sequência, em referência aos já citados professores Robert Post e Reva Siegel, o Ministro Luiz Fux mencionou que a legitimidade da Constituição depende, em parte, da sua responsividade, de modo que a Suprema Corte deveria

---

<sup>209</sup> BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei Complementar n. 168/1993 (PLP n. 518/2009 em apenso). Diário da Câmara dos Deputados de 05/05/2010: Brasília, 2010d, p. 18091.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 18092.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 18093-18094.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 18094-18095.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 18094.

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29 e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2012c, pp. 14-43.

<sup>215</sup> *Ibid.*, pp. 20-27.

se atentar “à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões”<sup>216</sup>.

Para além disso, sustentou o Ministro Relator que a própria Constituição Federal prevê o exame da vida regressa do indivíduo, sendo que a restrição à elegibilidade nos termos propostos pela Lei Complementar n. 135/2010 não viola o princípio da proporcionalidade, pois é adequado ao seu objetivo moralizador; é medida de natureza menos gravosa entre as disponíveis, uma vez que requer a condenação por órgão colegiado exclusivamente em face de conduta dolosa, existindo ainda a possibilidade de suspensão cautelar da inelegibilidade; por fim, posto em um pêndulo o objetivo de moralização da política de um lado e as inconveniências da restrição à liberdade de se candidatar de outro, aquele se sobressairia, pois atende à exigência ética da democracia ao mesmo tempo que acarreta apenas uma restrição mínima no âmbito dos direitos políticos<sup>217</sup>.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o Relator, também sob o argumento de clamor pela moralização da política e, do mesmo modo, ressaltou a mobilização popular para a superação do precedente anterior da Corte e a necessidade de superação do passado brasileiro patrimonialista<sup>218</sup>.

Nessa mesma linha, a Ministra Rosa Weber acompanhou o Relator<sup>219</sup> e ressaltou o esforço popular para editar norma com o fim de moralizar a política e modificar o presente patrimonialista<sup>220</sup>. Continuou a Ministra, conquanto o Supremo Tribunal Federal seja uma instituição contramajoritária, não poderia ignorar as “aspirações da maioria (...), já que, em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, e diferentes pontos de vista devem ser levados em consideração para se alcançar a melhor interpretação possível do texto constitucional”<sup>221</sup>.

Na sequência, a Ministra Rosa Weber observou que a força normativa do princípio da presunção de inocência seria menos forte em matérias não criminais, sendo que, mesmo na seara penal, a presunção de inocência não é absoluta admitindo-se a prisão provisória; dessa maneira, não seria incompatível com a Constituição a restrição da elegibilidade antes do trânsito em julgado para a proteção da coisa pública<sup>222</sup>. Ademais, ela acrescentou que as decisões colegiadas, mesmo não transitadas em julgado, possuem algum grau de segurança, sendo ainda

---

<sup>216</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578...**, p. 27.

<sup>217</sup> *Ibid.*, pp. 30-37.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 52-68.

<sup>219</sup> *Ibid.*, pp. 145-173.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pp. 152-155.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>222</sup> *Ibid.*, pp. 159-164.

conveniente, nesse sentido, a possibilidade prevista de se conferir efeito suspensivo a eventual recurso<sup>223</sup>.

Também, os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Marco Aurélio acompanharam o Relator no que se refere à inexistência de ofensa ao princípio da presunção de ofensa<sup>224</sup>. Nesse sentido, firmou-se maioria.

Já o Ministro Dias Toffoli divergiu e votou pela existência de violação ao princípio da presunção de inocência. Inicialmente, apontou ele que o direito à elegibilidade tem uma faceta individual relevante e, por isso, não pode ser restringida, de maneira desmedida, em prol do interesse coletivo<sup>225</sup>; na sequência, alegou que tanto o texto constitucional quanto a jurisprudência do Supremo alicerçaram que só o trânsito em julgado da decisão condenatória estabelece a culpabilidade do réu<sup>226</sup>, sendo a salvaguarda da presunção de inocência relevante para condicionar qualquer atividade constritiva estatal de bens ou direitos, principalmente em prevenção à incerteza dos juízos provisórios<sup>227</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes seguiu a divergência, acrescentando novos argumentos. Em primeiro lugar, reafirmou a sua aderência ao resultado na ADPF n. 144<sup>228</sup>. Na sequência, realizou inicialmente uma abordagem histórica e internacionalista sobre o desenvolvimento da presunção de inocência, para enfatizar a essência democrática do princípio ao refrear a imposição arbitrária da força pelo Estado. Sendo, no Brasil, que a presunção de inocência só se descaracteriza com o trânsito em julgado, impor-se-ia a inelegibilidade do réu somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória<sup>229</sup>.

Quanto ao sentimento popular em prol da moralidade política, o Ministro Gilmar Mendes respondeu que: “O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional”<sup>230</sup>. A Corte, a seu ver, não poderia negligenciar a devida normatividade dos princípios; na verdade, a sua aplicação mesmo contrária à opinião momentânea poderia promover “um frutífero diálogo institucional entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados”<sup>231</sup>. Por fim, em relação à eventual morosidade processual até o trânsito em julgado das decisões, o Ministro Gilmar afirmou que não seria a flexibilização

---

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578...**, pp. 164-165.

<sup>224</sup> *Ibid.*, pp. 190-215, 228-247, 252-259, 308-334.

<sup>225</sup> *Ibid.*, pp. 80-82.

<sup>226</sup> *Ibid.*, pp. 76-88.

<sup>227</sup> *Ibid.*, pp. 89-99.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>229</sup> *Ibid.*, pp. 271-276.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 281.

de garantias a forma adequada de contornar a dificuldade, sendo, nesse sentido, relevante o dado mencionado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF n. 144, revelando que mais de  $\frac{1}{4}$  dos recursos extraordinários em matéria criminal são, parcial ou totalmente, providos<sup>232</sup>.

Também acompanhou a divergência o Ministro Cezar Peluso<sup>233</sup>.

Resta apenas mencionar que o Ministro Celso de Mello também divergiu da maioria, porém seu voto não está transcrito no acórdão<sup>234</sup>, de modo que não foi possível examinar o seu posicionamento especificamente.

Vale um registro final, como se observa, as discussões quanto à constitucionalidade da inelegibilidade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória foram longas, resultando na superação do precedente anterior do Supremo, mas, ao fim, os membros da Corte se mostraram satisfeitos com o potencial construtivo do debate. A propósito, assim se manifestou o então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso:

Eu quero agradecer, em nome da Corte, o empenho de todos os Ministros e o fervor em defesa dos seus pontos de vista. Isso faz parte, não da democracia como tal, mas do funcionamento da Corte. A Corte foi estruturada para isso, para defesa dos pontos de vista pessoais, aguerrida mas elegantemente, como se deu aqui, partindo de que todos estamos de acordo que essa lei, segundo interpretações diferentes, é avanço democrático importante e deve ser saudada como tal. As nossas divergências, eu diria que são divergências contingenciais.<sup>235</sup>

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Luiz Fux	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente. Porém, citou a mobilização popular advinda do <i>backlash</i> como um elemento a ser positivamente considerado.
Ministro Joaquim Barbosa	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente. Porém, citou a mobilização popular advinda do <i>backlash</i> como um elemento a ser positivamente considerado.
Ministra Rosa Weber	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente. Porém, citou a mobilização popular advinda do <i>backlash</i> como um elemento a ser positivamente considerado.

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578...**, pp. 288-291.

<sup>233</sup> *Ibid.*, pp. 362-372.

<sup>234</sup> Desconhecemos o motivo, mas é o que se nota no acórdão (*Ibid.*, pp. 349-361).

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 373.

Ministra Cármen Lúcia	Aceita tacitamente (julgo constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente
Ministro Ricardo Lewandowski	Aceita tacitamente (julgo constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente
Ministro Carlos Britto	Aceita tacitamente (julgo constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente
Ministro Marco Aurélio	Aceita tacitamente (julgo constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Dias Toffoli	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Gilmar Mendes	Não se manifestou expressamente sobre o <i>backlash</i> , mas chamou a atenção para o caráter construtivo dos diálogos institucionais (sem especificar de qual tipo).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Cezar Peluso	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Celso de Mello	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.

#### 4.1.4. Direito de antena e acesso ao fundo partidário pelas novas agremiações políticas – ADI n. 5.105

No julgamento conjunto da ADI n. 4.430 e ADI n. 4.795, o Supremo Tribunal Federal tratou, entre outros assuntos, (i) da exigência de representatividade partidária na Câmara dos Deputados para fins de acesso do partido à propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão e (ii) da transferência da representatividade política entre os partidos, a qual é pertinente para determinar o tempo de rádio e televisão, quando o parlamentar migra para uma agremiação recém-criada.

O Ministro Relator, Dias Toffoli, defendeu que, embora seja legítima a distribuição dos horários de rádio e televisão conforme a representatividade do partido, elemento de discriminação razoável da legitimidade política<sup>236</sup>, isso não poderia excluir aqueles partidos que

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.795 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2013, pp. 39-49.

não têm representação na Câmara dos Deputados. Caso assim fosse, seria inviável a própria participação no processo eleitoral pelas agremiações menores<sup>237</sup>.

Na sequência, o Ministro Relator discorreu sobre a dinâmica da representatividade. Defendeu que o sistema eleitoral brasileiro, sendo de lista aberta, valoriza a escolha nominal dos candidatos políticos<sup>238</sup>. Nesse contexto, “conquanto se faculte a possibilidade do voto de legenda, a verdade é que o voto do eleitor brasileiro, mesmo nas eleições proporcionais, em geral, se dá em favor de determinado candidato”<sup>239</sup>. Por isso, o deputado que migra para um partido recém-criado, não se desvincula da sua representatividade como se esta pertencesse ao partido do qual se desfilou; na verdade, carrega consigo a representatividade, o que beneficia a agremiação de destino quanto ao acesso proporcional ao tempo de rádio e televisão<sup>240</sup>.

Para além disso, continuou o Ministro Relator, o art. 17 da Constituição Federal prevê a liberdade de formação de novos partidos políticos, cuja diversidade é promotora do pluralismo político<sup>241</sup>. Então, não somente é constitucional a possibilidade formal de formação das novas agremiações, mas também a garantia da viabilidade material para tanto<sup>242</sup>. Sendo assim, “na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos”<sup>243</sup>. De outra forma, os partidos novos, ainda que formados por deputados federais, nasceriam sem representatividade eleitoral, não fariam, portanto, jus ao tempo proporcional de rádio e televisão.

Ademais, se a liberdade de criação “foi prevista, constitucionalmente, ao lado da liberdade de fusão, de incorporação e de extinção de partidos”<sup>244</sup> e se, nas hipóteses de fusão ou de incorporação, considera-se a representatividade dos parlamentares envolvidos na nova agremiação, entendimento semelhante deve ser conferido quando há a criação de novos partidos<sup>245</sup>; neste caso, os parlamentares a integrar o grupo recém-criado trariam consigo a sua representatividade para a nova agremiação.

Por fim, aduziu o Ministro Dias Toffoli, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal entende que não configura infidelidade partidária a desfiliação

---

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430...**, pp. 33-49.

<sup>238</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>240</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

<sup>241</sup> *Ibid.*, pp. 69-72.

<sup>242</sup> *Ibid.*, pp. 69-70.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>245</sup> *Ibid.*, pp. 73-74.

para a criação de novo partido<sup>246</sup>. Assim, se os parlamentares migrantes preservam o mandato, é coerente a compreensão de que mantêm eles “a representatividade que lhes conferiram seus eleitores”<sup>247</sup>.

Nesses termos, votou o Ministro Relator (i) pela inconstitucionalidade da exigência de representação na Câmara dos Deputados para o direito de antena<sup>248</sup> e (ii) pela concessão do tempo de propaganda aos partidos recém-criados, “considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação”<sup>249</sup>.

Os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carlos Britto acompanharam o Relator<sup>250</sup>.

Já o voto do Ministro Cezar Peluso foi ainda mais amplo, divergiu da maioria apenas em extensão, afirmando que não é o critério da representatividade política um elemento discriminatório razoável, sendo que ainda teria o efeito indesejável de perpetuar os partidos hegemônicos<sup>251</sup>. Assim, votou pela “participação igualitária no uso da propaganda eleitoral” por todos os partidos devidamente criados, independentemente de sua representatividade<sup>252</sup>. O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência ora manifestada<sup>253</sup>.

Por fim, os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia manifestaram nova divergência, votando pela constitucionalidade da exigência de representatividade na Câmara dos Deputados para o direito de antena e ainda pela manutenção da representatividade eleitoral em favor do partido antigo quando o parlamentar se desfilia para se juntar à nova agremiação<sup>254</sup>. Dessa forma, ressaltou a Ministra Cármen Lúcia, visa-se a prestigiar os partidos com mais méritos nas relações políticas, bem como evita-se que os candidatos eleitos por um determinado partido migrem, de forma casuística, para nova agremiação em desconsideração ao partido que o elegeu<sup>255</sup>.

De todo modo, vencidas as divergências, firmou-se maioria nos termos do voto do Ministro Relator, Dias Toffoli.

---

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430...**, pp. 76-77.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>249</sup> *Ibid.*, pp. 71-72.

<sup>250</sup> *Ibid.*, pp. 151-152, 153-154, 155-165, 172-177, 182-185.

<sup>251</sup> *Ibid.*, pp. 166-171.

<sup>252</sup> *Ibid.*, pp. 170.

<sup>253</sup> *Ibid.*, pp. 178-181.

<sup>254</sup> *Ibid.*, pp. 147 e 196-214.

<sup>255</sup> *Ibid.*, pp. 196-214.



Nesse contexto, sobreveio a reação legislativa com a edição Lei n. 12.875/2013, conferindo nova redação ao art. 1º da Lei n. 9.096/1995<sup>256</sup> e ao art. 2º da Lei n. 9.504/1997<sup>257</sup>, tanto para (i) reinstaurar a obrigatoriedade de representação na Câmara dos Deputados para o direito de fundo e de antena (ii) quanto para determinar seja desconsiderada a migração partidária para fins de aferição da representatividade dos partidos e seu consequente impacto na proporção do fundo partidário e no tempo de propaganda eleitoral gratuita.

A justificação apresentada no respectivo Projeto de Lei basicamente reforçou a importância do fundo partidário e do direito de antena para as agremiações partidárias e sustentou que a transferência de recursos e fundos em razão da migração partidária foi vedada como forma de garantir a segurança jurídica, valorizar os partidos de acordo com a representação que obtiveram nas urnas e prevenir “distorções e casuísmos”<sup>258</sup>.

Nessa cronologia, o Supremo Tribunal voltou a apreciar a matéria na ADI n. 5.105. Diferente dos casos anteriores, neste, decidiu-se tratar mais explicitamente do *backlash* e indicar diretrizes normativas sobre o fenômeno.

O Ministro Relator, Luiz Fux, dedicou a primeira parte do seu voto para discorrer sobre o *backlash*, em abstrato. No contexto, sustentou ele que a reversão dos precedentes do Supremo Tribunal, tanto por emendas constitucionais quanto por leis ordinárias, não é incomum no Brasil (inclusive, em referência a alguns dos precedentes já mencionados neste trabalho) e que seria mesmo desejável que se rejeite a existência de última palavra definitiva da Corte prevenindo que juízes não eleitos sufoquem o autogoverno popular e estimulem um compromisso constitucional débil pelas demais instituições, bem como tornando possível que as instituições

---

<sup>256</sup> “Art. 29. (...) § 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão. (...) Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.”

<sup>257</sup> “Art. 47(...) § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram; II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram (...) § 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. ”

<sup>258</sup> BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 4.470/2012.** Altera as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. Diário da Câmara dos Deputados de 10/10/2012: Brasília, 2012b, p. 32980.

políticas se corrijam ou apresentem novos argumentos para sustentar as suas respectivas posições<sup>259</sup>.

Nesse contexto, o Ministro Relator ressaltou que o próprio texto constitucional excepciona o Poder Legislativo do caráter vinculante das decisões judiciais em controle abstrato de constitucionalidade, então não haveria óbice para a superação dos precedentes por emenda constitucional ou lei ordinária<sup>260</sup>. Ademais, mesmo nos casos de “correção legislativa de sua jurisprudência”, a Suprema Corte continuaria obrigada a fundamentar as suas decisões e, portanto, a enfrentar “a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador”<sup>261</sup>.

Haveria, mencionou o Ministro Fux, a existência de rodadas procedimentais que se encerrariam com a última palavra provisória do Poder Judiciário. Não sendo essa definitiva, a Corte estaria proporcionando subsídios substanciais para uma próxima rodada de debates melhor, capaz de encontrar melhores resultados<sup>262</sup>.

Vale dizer, entretanto, continuou o Ministro Relator, que a reação por meio de emenda constitucional altera o próprio parâmetro da Constituição, então a revisão judicial sobre emendas só poderia ocorrer com fundamento em cláusulas pétreas. Já em relação à reversão dos precedentes da Suprema Corte mediante lei ordinária, conquanto também seja legítima, nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade, pelo que passaria por uma revisão judicial mais rigorosa<sup>263</sup>:

(...) 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.<sup>264</sup>

No caso concreto, para o Ministro Relator, a reversão legislativa relativa à representatividade dos partidos não responde aos argumentos que fundamentaram o resultado do julgamento conjunto nas Ações Diretas n. 4.430 e 4.795. Isso, porque as razões legislativas (apresentadas acima) não teriam contornado a violação à liberdade de formação de novas agremiações e à prerrogativa dos parlamentares de migrarem para partidos recém-criados<sup>265</sup>. “*In casu*, a situação de inconstitucionalidade se agrava porquanto a decisão se ancorou em

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2016b, pp. 15-29.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>262</sup> *Ibid.*, pp. 29-30.

<sup>263</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>265</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

sólida construção argumentativa calcada em cláusulas pétreas (e.g., pluralismo político, liberdade de criação de partidos políticos, tutela das minorias partidárias etc.)”<sup>266</sup>.

Por fim, ressaltou novamente o Ministro Luiz Fux que a reversão pela via legislativa é possível, porém requer-se êxito do legislador em infirmar as conclusões do precedente a ser superado, mormente em uma matéria tão sensível para a democracia como é o tema das agremiações partidárias<sup>267</sup>.

Nos termos apresentados, votou o relator pela inconstitucionalidade da reversão legislativa em exame<sup>268</sup>.

Nessa cronologia, o Ministro Roberto Barroso acompanhou o Relator por compreender que, de fato, a reversão legislativa não tivera êxito em superar os argumentos presentes no precedente da Corte<sup>269</sup>; nesse contexto, anuiu com as considerações formuladas pelo Ministro Fux a respeito do diálogo constitucional e também realizou algumas digressões. Forneceu o Ministro Barroso alguns exemplos de diálogo, entre os quais está a reversão legislativa dos precedentes da Suprema Corte<sup>270</sup>. Nesse caso, a palavra do Congresso seria a última se realizada por emenda constitucional e se a matéria não envolver cláusula pétrea<sup>271</sup>; já a reversão via legislativa enfrentaria dois relevantes ônus “que haja mais de uma interpretação constitucional válida”<sup>272</sup> e que o legislador demonstre que “a interpretação por ele adotada seria melhor do que a encampada pelo STF”<sup>273</sup>.

Os Ministros Rosa Weber e Dias Toffoli também acompanharam o Relator<sup>274</sup>. Por sua vez, vale destacar, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu que a sua posição restou vencida no precedente que agora o legislador busca superar; ainda assim, alegando o respeito à decisão anterior do Supremo e a ausência de novos argumentos apresentados pelo Legislativo, acompanhou o Relator<sup>275</sup>.

Também, o Ministro Marco Aurélio acompanhou o Relator e ressaltou que as decisões em controle abstrato não vinculam outro Poder, mas apenas os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública<sup>276</sup>.

---

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 41.

<sup>267</sup> *Ibid.*, pp. 42-50.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>269</sup> *Ibid.*, pp. 95-113.

<sup>270</sup> *Ibid.*, pp. 106-107.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>274</sup> *Ibid.*, pp. 118, 119-153.

<sup>275</sup> *Ibid.*, pp. 154-183.

<sup>276</sup> *Ibid.*, pp. 191-192.

Formou-se, então, maioria para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos em exame e manutenção do resultado da Corte no julgamento conjunto da ADI n. 4.430 e da ADI n. 4.795.

A seu turno, o Ministro Edson Fachin divergiu para declarar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em suas razões, os dispositivos em exame são, em parte, diferentes da questão decidida na ADI n. 4.430 e da ADI n. 4.795, pois, ao vedarem a transferência da representatividade política em razão da migração partidária, não impediriam materialmente a participação da agremiação de destino, recém-criada, no processo eleitoral. Isso, porque o inciso I do art. 41-A da nova redação da Lei n. 12.875/2013 prevê a distribuição igualitária de 5% do valor do fundo partidário entre todos os partidos devidamente registrados, independentemente de representação; sendo alto o valor do fundo (à época do julgamento, cerca de um bilhão de reais), a cifra correspondente a 5% é relevante e possibilita materialmente a criação de um novo partido<sup>277</sup>.

Ademais, continuou o Ministro Edson Fachin, antes do julgamento das Ações Diretas n. 4.430 e 4.795, objeto da reversão legislativa em exame, a jurisprudência tanto do Supremo quanto do Tribunal Superior Eleitoral era pelo “cômputo da cadeira para o partido de origem” quando havia desfiliação partidária<sup>278</sup>. Nesse contexto, se há em caso um desacordo entre alternativas razoavelmente válidas, seria recomendável a deferência à opção do legislador<sup>279</sup>.

Acompanhou a divergência o Ministro Teori Zavascki também compreendendo haver, no caso, diferentes alternativas legítimas. Ressaltou ele, no entanto, que a reversão legislativa da adjudicação constitucional seria, a princípio, inconstitucional, mas a excepcionalidade do caso com diferentes possibilidades válidas conduziria a uma exceção<sup>280</sup>.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando a divergência, reconheceu realizar caminho justamente contrário ao da Ministra Cármen Lúcia. No precedente superado, havia o Ministro Gilmar acompanhado a maioria, no entanto, em sua visão, está a ocorrer uma disfuncionalidade: a banalização da criação de novos partidos e perda significativa de fundo e do direito de antena pelo partido de origem<sup>281</sup>. Sendo esse o caso, ressaltou o Ministro que a reversão dos precedentes do Supremo tanto pode acontecer por emenda constitucional quanto por lei, sendo que, conquanto válida a análise dos argumentos do legislador, também cabe uma

---

<sup>277</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, pp. 78-79.

<sup>278</sup> *Ibid.*, pp. 80-81.

<sup>279</sup> *Ibid.*, pp. 83-86.

<sup>280</sup> *Ibid.*, pp. 114-116.

<sup>281</sup> *Ibid.*, pp. 184-190.

reanálise objetiva ampla do quadro normativo<sup>282</sup>, a qual justificaria, no caso em exame, a superação do precedente da Corte<sup>283</sup>.

Nessa cronologia, o Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência<sup>284</sup>.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou a exposição da teoria dos diálogos pelos Ministros Fux e Barroso, porém afirmou que não cabe ao Legislativo reverter, por lei ordinária, as decisões do Supremo, detendo este a última palavra. Ainda assim, em giro contraditório, optou o Ministro por seguir a divergência em concordância com a reversão legislativa, alegando o receio de banalização dos partidos com o hiperpartidarismo e compreendendo que a escolha legislativa era razoável<sup>285</sup>.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Luiz Fux	Aceita.	Sim. No caso do <i>backlash</i> por lei ordinária, o legislador terá o ônus de apresentar novos argumentos a superar o precedente judicial.	Sim. Quando o <i>backlash</i> ocorre por legislação ordinária, a lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade.
Ministro Roberto Barroso	Aceita.	Sim. É ligeiramente diferente da posição manifestada pelo Ministro Fux. No caso do <i>backlash</i> por lei ordinária, o legislador teria o ônus de demonstrar que a sua escolha é uma entre as alternativas razoáveis e de que é melhor do que a interpretação constitucional então realizada pelo Supremo Tribunal.	Não se manifestou expressamente. De certa maneira, nas razões de seu voto, é sugestivo que sim, uma vez que, assim como o Ministro Luiz Fux, impôs um escrutínio constitucional mais rígido para a reversão da adjudicação constitucional via legislação ordinária.
Ministra Rosa Weber	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Dias Toffoli	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Cármen Lúcia	Aceita.	Sim. Ficou subentendida a necessidade de que a reversão legislativa apresente argumentos hábeis a infirmar as conclusões do precedente judicial. Isso, considerando que, em seu voto, ela não rejeitou o <i>backlash</i> por si só, mas sim por não terem sido	Sim. Não é muito claro em que extensão, porém o fato é que a Ministra votou contra a posição a que ela é, no mérito, favorável, tendo em vista que os dispositivos normativos em exame se originaram de <i>backlash</i> e não foram apresentados argumentos hábeis a

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 190.

<sup>283</sup> *Ibid.*, pp. 184-190.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>285</sup> *Ibid.*, pp. 194-196.

		apresentados argumentos a superar a posição judicial.	superar o precedente anterior do Tribunal.
Ministro Marco Aurélio	Aceita.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Edson Fachin	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Sim. A questão não é explicitamente explorada em seu voto, mas, no caso, o Ministro julgou constitucional a mudança promovida pelo <i>backlash</i> por entender que se tratava de uma escolha normativa razoável.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Teori Zavascki	Expressou ressalvas à reversão do precedente judicial via legislação ordinária. Porém, aceitou tacitamente a reversão parlamentar).	Sim. A questão não é explicitamente explorada em seu voto, mas, no caso, o Ministro julgou constitucional o <i>backlash</i> por entender que se tratava de uma escolha normativa razoável.	Sim. A princípio, a reversão dos precedentes do Tribunal via legislação ordinária seria inconstitucional.
Ministro Gilmar Mendes	Aceita.	Não. O Ministro sugere uma reanálise do próprio quadro normativo em si, não condiciona o <i>backlash</i> necessariamente a um ônus argumentativo pelo Legislativo.	Não.
Ministro Celso de Mello	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Ricardo Lewandowski	O seu voto foi ambíguo. De todo modo, o Ministro aceitou tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não ficou muito claro o seu posicionamento. Em dado momento, o Ministro afirma que o Supremo possui a última palavra sobre a interpretação da Constituição; porém, ele próprio julgou constitucional a reversão legislativa.

#### 4.1.5. Lei estadual que impõe a participação de um representante da OAB no colegiado da Corregedoria Tributária de Controle Externo do Rio de Janeiro – ADI n. 4.579

O Supremo Tribunal Federal declarou, ao julgar a ADI n. 2.877, a inconstitucionalidade da participação de um membro do Ministério Público e um representante da Ordem dos

Advogados do Brasil na Corregedoria Tributária do Controle Externo no Rio de Janeiro na forma imposta pelo art. 110 da Lei Complementar n. 69/1990 do Estado do Rio de Janeiro, na redação conferida pelo art. 19 da Lei Complementar estadual n. 107/2003<sup>286</sup>.

Em síntese, formou-se maioria pela inconstitucionalidade, sob os fundamentos de que o dispositivo combatido atribuiria função administrativa típica de natureza arrecadatória ao Ministério Público e de que, no caso da Ordem dos Advogados, como sintetizou o Ministro Cezar Peluso, “Lei estadual está obrigando entidades federais a participar de um órgão estadual”<sup>287</sup>.

Ainda durante o trâmite da ADI n. 2.877 (a qual foi ajuizada em 2003, mas apenas transitou em julgada em 2018), foi editada a Lei Complementar n. 135/2009 do Estado do Rio de Janeiro, a qual alterou a redação do já referido art. 110 da Lei Complementar estadual n. 69/1990, anuindo com a exclusão da participação de membro do Ministério Público na Corregedoria Tributária de Controle Externo do Estado, porém insistindo na participação de representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Novamente a matéria retornou para a apreciação do Supremo Tribunal na ADI n. 4.579. O Ministro Relator da Ação, Luiz Fux, assentou que não é vedada a iniciativa legislativa em matéria pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal<sup>288</sup>; na verdade, seria até desejável a atuação legislativa para fins de autocorreção antecipada:

O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade não inibe a atuação legislativa na disciplina da matéria controvertida. Ao contrário, constatada a inconstitucionalidade de determinada norma, é salutar que os demais Poderes se antecipem ao Poder Judiciário na correção do vício. Persistindo inconstitucionalidade na nova disciplina, nada impede que o Poder Judiciário volte a ser provocado para apreciar a questão.<sup>289</sup>

Nesse contexto, o Ministro Luiz Fux relembrou o seu posicionamento na ADI n. 5.105, citando a ementa do julgado, em rejeição ao monopólio judicial da constituição e à última palavra definitiva<sup>290</sup>, bem como reafirmou o potencial construtivo do diálogo na medida em que

---

<sup>286</sup> “Art. 110 – A Corregedoria Tributária do Controle Externo será exercida por um colegiado composto por 3 (três) membros, sendo um escolhido entre fiscais de renda, um entre os membros do Ministério Público e um representante da Ordem dos Advogados do Brasil - seção RJ, a serem escolhidos pelo Governador do Estado, o qual nomeará o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária do Controle Externo dentre aqueles, sendo que todas as decisões da Corregedoria serão tomadas por maioria de votos dos membros do Colegiado.”

<sup>287</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.877**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Redatora do Acórdão: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, 2018, p. 82.

<sup>288</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.579**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2020b, pp. 12-13.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>290</sup> *Ibid.*, pp. 13-15.

“o legislador pode trazer novos fundamentos, enquadramentos ou aplicações que inspirem na Corte Suprema uma releitura da constitucionalidade”<sup>291</sup>.

Em relação ao caso concreto, o Ministro Relator acabou por reafirmar o precedente anterior da Corte, argumentando que viola a autonomia dos entes federados a lei estadual que determina a participação de entidade federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, na Corregedoria Tributária do Estado do Rio de Janeiro<sup>292</sup>. Nesse sentido, acompanharam os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Dias Toffoli e Roberto Barroso. Formou-se, então, maioria.

Por sua vez, divergiram os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes, por entenderem que a Lei estadual em exame não impôs uma obrigação à Ordem dos Advogados, mas apenas trouxe uma possibilidade<sup>293</sup>.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Luiz Fux	Aceita.	Sim. Reproduziu as premissas do seu voto na ADI n. 5.105 no sentido de que, quando a reversão legislativa ocorrer via lei ordinária, o legislador terá o ônus de apresentar novos argumentos a superar o precedente judicial.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Marco Aurélio	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Gilmar Mendes	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Cármen Lúcia	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Rosa Weber	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Dias Toffoli	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Roberto Barroso	Não se manifestou expressamente.	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Edson Fachin	Aceita tacitamente (julgou constitucional)	Não.	Não se manifestou expressamente.

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.579...**, p. 15.

<sup>292</sup> *Ibid.*, pp. 19-22.

<sup>293</sup> *Ibid.*, pp. 23-30.



	a reversão legislativa).		
Ministro Ricardo Lewandowski	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Alexandre de Moraes	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão legislativa).	Não.	Não se manifestou expressamente.

#### 4.1.6. Perda dos dias remidos em razão de falta grave pelo apenado e revisão de súmula vinculante – RE n. 1.116.485

A Súmula Vinculante n. 9 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção pela Constituição Federal de 1988 da redação original do art. 127 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o qual previa, no âmbito da execução penal, a possibilidade de perda dos dias remidos em razão de falta grave, nos seguintes termos: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.”

No precedente representativo da Súmula, o Tribunal, por unanimidade, decidiu pela validade da perda do tempo remido, pois o apenado possui apenas a expectativa de direito pela remissão, não haveria desproporcionalidade entre a falta e a sanção, e nem ofensa à isonomia<sup>294</sup>.

Posteriormente, a Lei n. 12.433/2011 alterou a redação original do art. 127 da LEP, nos seguintes termos: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

O Supremo Tribunal, então, foi provocado a apreciar a nova dicção do art. 127 da LEP, no RE n. 1.116.485. Na oportunidade, o Ministro Relator, Luiz Fux, aproveitou para discorrer sobre a possibilidade de superação legislativa das súmulas vinculantes do Tribunal.

Novamente, o Ministro Fux rejeitou o monopólio judicial e a última palavra sobre a interpretação constitucional<sup>295</sup>; afirmou, ainda, a igualdade entre os atores políticos para

<sup>294</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 90.107-7**. Primeira Turma. Relatoria: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2007b, pp. 5-9.

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2023b, pp. 13-19.

“promover mudanças informais na forma como direitos fundamentais são lidos e aplicados”<sup>296</sup>. Assim como nos outros precedentes, defendeu o Ministro a existência de um contínuo diálogo, em que a última palavra seria apenas provisória. Na sequência, reforçou que o art. 102, *caput*, da Constituição Federal, conquanto preveja a competência do Supremo para interpretar a Constituição, não previu a sua exclusividade<sup>297</sup>.

Nesse contexto, o Ministro Fux afirmou que o Legislativo pode superar os precedentes do Supremo Tribunal e, nesse sentido, reproduziu trecho do seu voto na ADI 5.105, no qual menciona que a reversão legislativa via lei ordinária nasceria com presunção relativa de inconstitucional, cabendo ao legislador o ônus de apresentar argumentos novos para superar o precedente judicial<sup>298</sup>.

Especificamente em relação à superação legislativa de súmula vinculante, observou o Ministro Fux que o art. 5º da Lei n. 11.417/2006, o qual regulamenta a previsão constitucional das súmulas vinculantes, determina a revisão das súmulas quando houver alteração da norma em que ela se baseou<sup>299</sup>.

Com esse raciocínio, concluiu o Ministro: “a lei de conteúdo divergente prevalece sobre o estabelecido em sede de Súmula Vinculante. No entanto, caso haja dúvida relativa de a lei afrontar a própria Constituição, cabe ao Judiciário, quando provocado, manifestar-se sobre a constitucionalidade dessa”<sup>300</sup>.

De todo modo, passando a análise para o caso concreto, o Ministro Relator observou que a mudança legislativa não promoveu a superação da Súmula Vinculante n. 9. Em verdade, a alteração legislativa apenas limitou a perda da remissão em um 1/3, mas a premissa assentada na Súmula pela recepção constitucional da possibilidade de perda dos dias remido se manteve<sup>301</sup>. Nesse contexto, manifestou-se o Relator pela manutenção da Súmula Vinculante n. 9, ao menos até que se delibere sobre novas Propostas de Súmulas Vinculante<sup>302</sup>.

Em seguida, de forma sintética, o Ministro Gilmar Mendes divergiu para propor o cancelamento da Súmula Vinculante n. 9 em face da mudança legislativa<sup>303</sup>.

De todo modo, a maioria acompanhou o voto do Relator<sup>304</sup>.

---

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485...**, p. 17.

<sup>297</sup> *Ibid.*, pp. 19-26.

<sup>298</sup> *Ibid.*, pp. 27-28.

<sup>299</sup> *Ibid.*, pp. 26-30.

<sup>300</sup> *Ibid.*, pp. 29-30.

<sup>301</sup> *Ibid.*, pp. 30-36.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>303</sup> *Ibid.*, pp. 38-45.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 46.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Luiz Fux	Aceita.	<p>Sim. Reproduziu as premissas do seu voto na ADI n. 5.105 no sentido de que, quando a reversão legislativa ocorrer via lei ordinária, o legislador terá o ônus de apresentar novos argumentos a superar o precedente judicial.</p> <p>No entanto, especificamente em relação à superação via legislação ordinária das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, não foi imposto qualquer ônus especial a ser observado pelo legislador.</p>	<p>Sim. Reproduziu as premissas do seu voto na ADI n. 5.105 no sentido de que, quando a reversão legislativa ocorrer via legislação ordinária, a lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade.</p> <p>No entanto, diferente da conclusão anterior, especificamente em relação à superação via legislação ordinária das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, a alteração legislativa tenderia a prevalecer sobre a súmula vinculante.</p>
Ministro Gilmar Mendes	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Rosa Weber	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Ricardo Lewandowski	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Cármen Lúcia	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Dias Toffoli	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Roberto Barroso	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Edson Fachin	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Alexandre de Moraes	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Nunes Marques	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.
Ministro André Mendonça	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.	Não se manifestou expressamente.

## 4.2. A reação da Corte ao *backlash* via emenda constitucional

### 4.2.1. Incorporação das vantagens pessoais às demais parcelas remuneratórias para o cômputo do teto remuneratório – MS n. 24.875

No julgamento da ADIn n. 14-4, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)” presente no § 2º do art. 29 da Lei n. 7.721/1989<sup>305</sup>, o qual dispõe: “A remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerado o básico, a verba de representação e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço), não poderá ultrapassar o limite previsto no art. 37, inciso XII, da Constituição Federal.”

O dispositivo enfrentado computava as vantagens pessoais como mais uma parcela integrante do vencimento<sup>306</sup> dos Ministros da Suprema Corte, sujeitando-se, então, ao limite dos vencimentos dos cargos do Poder Executivo, nos termos do inciso XII do art. 37 da Constituição Federal<sup>307</sup>. Por assim dizer, o somatório das vantagens pessoais com as demais parcelas do vencimento não poderia ultrapassar o teto de equivalência entre os Poderes. Na prática, isso implicava a redução remuneratória com a vinculação das vantagens pessoais a um teto.

Nesse contexto, a Suprema Corte argumentou que a isonomia de vencimentos entre cargos semelhantes não leva em consideração os valores recebidos a título de vantagem pessoal, conforme expressa previsão no § 1º do art. 39 da Constituição Federal<sup>308</sup>. Ademais, a distinção conceitual entre vencimentos e as vantagens pessoais seria comum no direito administrativo e encontraria respaldo no §2º do art. 63 da Lei Complementar n. 35/1979<sup>309</sup>. Consequentemente, a equivalência dos vencimentos-tetos entre os Poderes, prevista no art. 37, XI, da Constituição, também deveria ser interpretada de modo a desconsiderar as verbas a título de vantagem

---

<sup>305</sup> “§ 2º - A remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerado o básico, a verba de representação e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço), não poderá ultrapassar o limite previsto no art. 37, inciso XII, da Constituição Federal.”

<sup>306</sup> Expressão ainda utilizada à época para se referir à parcela remuneratória dos juízes.

<sup>307</sup> “XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”

<sup>308</sup> “§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.” (redação original)

<sup>309</sup> “§ 2º Para efeito de equivalência e limite de vencimentos previstos neste artigo, são excluídas de cômputo apenas as vantagens de caráter pessoal ou de natureza transitória.”

peçoal. Nesses termos, a Corte julgou inconstitucional o trecho referente às vantagens constante no § 2º do art. 29 da Lei n. 7.721/1989<sup>310</sup>.

Em sequência, sobreveio a reação, de autoria do Poder Executivo, por meio da edição da Emenda Constitucional n. 41/03, a qual tratou de somar as vantagens pessoais às demais parcelas remuneratórias para vincular o montante ao teto limite, a partir da nova redação conferida ao art. 37, XI, da Constituição Federal e ao art. 10 das suas disposições transitórias:

Constituição Federal

Art. 37 (...) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador, e, nos Municípios, o do Prefeito, se inferiores;

Emenda Constitucional n. 41/03

Art. 10. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado nesse inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da entrada em vigor desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, a remuneração mensal ou subsídio do Governador, e, nos Municípios, do Prefeito, se inferiores.

Justificou-se a mudança normativa em razão da necessidade de conferir tratamento mais equânime entre os trabalhadores brasileiros, bem como de moralizar as despesas públicas, prevenindo que “um número reduzido de servidores se aproprie de recursos do Estado em valores que agredem o senso comum e a moralidade”<sup>311</sup>.

A matéria retornou à apreciação do Supremo Tribunal Federal no MS n. 24.875, impetrado por ministros aposentados da Corte<sup>312</sup>.

O Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, aduziu que o exame da constitucionalidade de emendas constitucionais está restrito à violação de cláusulas pétreas impossibilitando um juízo de inconveniência, pelo que se impõe a rejeição da inconstitucionalidade da mudança<sup>313</sup>. Nesse

---

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14-4**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Célio Borja, Brasília, 1989, pp 14-35.

<sup>311</sup> BRASIL. **Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição n. 40/2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 142 e 149 da Constituição Federal, o art. 8º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados de 07/05/2003: Brasília, 2003, p. 18419.

<sup>312</sup> Para os fins deste trabalho, focar-se-á exclusivamente na discussão de constitucionalidade fruto do *backlash* (no caso, o cômputo das vantagens pessoais no cálculo do teto remuneratório), desconsiderando demais controvérsias pertinentes apenas para os impetrantes em concreto: a existência de eventual direito adquirido e a ocorrência de redutibilidade dos vencimentos.

<sup>313</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.875**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 2006b, pp. 297-313.

sentido, é pertinente citar a colocação do Ministro Joaquim Barbosa reforçando que a Emenda Constitucional alterou o parâmetro constitucional em que se baseou o precedente ora superado da Corte quanto às vantagens pessoais<sup>314</sup> de modo que “seria inoperante utilizar o raciocínio adotado por este Tribunal nos precedentes citados, pois, neles, o pressuposto fundamental era radicalmente diverso”<sup>315</sup>.

Nesse ponto específico, não houve divergências quanto à superação do precedente do Tribunal pela Emenda Constitucional, estabelecendo a incorporação das vantagens pessoais a demais parcelas remuneratórias para cômputo do teto de remuneração.<sup>316 317</sup>

Em verdade, as divergências que se seguiram referiram-se apenas às circunstâncias particulares dos impetrantes quanto à eventual ofensa ao direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade dos subsídios, no que a Corte, por maioria, afirmou não haver direito adquirido a regime jurídico, porém reconheceu que subsistiria em concreto a redução dos subsídios, impondo, então, a manutenção dos valores atualmente recebidos pelos impetrantes até a sua absorção pela nova disciplina normativa do teto.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Sepúlveda Pertence	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Joaquim Barbosa	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Eros Grau	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Carlos Britto	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Cezar Peluso	Aceita tacitamente (julgou constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.

<sup>314</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.875...**, pp. 340-341.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>316</sup> *Ibid.*, pp. 338-339, 344-346, 376, 347-350, 355-361, 362, 363-374, 377-384, 386-397, 448-456.

<sup>317</sup> Para os fins deste trabalho, focar-se-á exclusivamente neste ponto (a alteração da Constituição para computar as vantagens pessoais no cálculo do teto remuneratório), o qual foi fruto de *backlash*. De resto, as controvérsias que se seguiram no julgamento referem-se à situação concreta dos impetrantes quanto à eventual ofensa ao direito adquirido e a ocorrência da redutibilidade dos seus subsídios, o que não se adere ao objetivo do trabalho por serem situações particulares.

Ministro Gilmar Mendes	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministra Ellen Gracie	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Marco Aurélio	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Celso de Mello	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Nelson Jobim	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.
Ministro Ricardo Lewandowski	Aceita tacitamente (julga constitucional a reversão parlamentar).	Não.	Não se manifestou expressamente.

#### 4.2.2. O caso da vaquejada – ADI n. 5.728

O Supremo Tribunal Federal se manifestou na ADI n. 4.983 sobre a constitucionalidade da Lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará, a qual regulamentava a prática da vaquejada. Em resumo, o diploma legislativo definia a vaquejada como prática cultural e como competição esportiva em que uma dupla de vaqueiros deve dominar um animal bovino, e estabelecia que os animais serão tratados de modo a não ter a saúde comprometida<sup>318</sup>.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, observou que a matéria se trata da antinomia entre direitos fundamentais: de um lado o direito difuso à proteção da fauna e da flora nos termos do art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal; de outro, o direito individual à cultura, previsto no

<sup>318</sup> “Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará. Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo. § 1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal. § 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral. § 3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público. Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada. Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais. § 1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo. § 2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas. § 3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova. Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.”

art. 215 também da Constituição<sup>319</sup>. Nessas situações, observou que os precedentes do Supremo tendem a prestigiar a proteção aos animais, como aconteceu nas discussões sobre a rinha de galo e a farra do boi<sup>320</sup>.

Nesse sentido, tendo em vista que a vaquejada, de fato, implica crueldade ao animal bovino, uma vez que esse é enclausurado, açoitado, puxado pelo rabo e derrubado para ser dominado, bem como haver nos autos laudos técnicos atestando os danos físicos sofridos pelo animal, votou o Ministro Relator pela inconstitucionalidade da prática desportiva<sup>321</sup>.

Os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia acompanharam o Relator, enfatizando que restou demonstrado o tratamento cruel aos animais na vaquejada<sup>322</sup>. Formou-se, então, a maioria.

A seu turno, o Ministro Edson Fachin divergiu, manifestando-se pela constitucionalidade da Lei cearense que regulamentou a vaquejada. Em suas razões, argumentou que, em uma sociedade plural como a brasileira, as manifestações culturais não se restringem a uma cosmovisão unilateral urbana, o que implica a deferência também a práticas tradicionais rurais, como a vaquejada, sob o direito à cultura nos termos do art. 215 da Constituição Federal<sup>323</sup>. Quanto ao tratamento aos animais, continuou o Ministro Fachin, não se identificou o mesmo grau de crueldade na vaquejada como aquele aferido na farra do boi e na rinha de galo<sup>324</sup>.

Acompanharam a divergência os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, tanto por também compreenderem que a vaquejada se qualifica como uma manifestação cultural quanto porque a sua prática ou, ao menos, a sua regulamentação pelo diploma legal em exame não seriam promotores da crueldade animal além do arrazoado, situação diferente dos precedentes da Corte na farra do boi e na rinha de galo<sup>325</sup>.

Declarada inconstitucional a Lei cearense, sobreveio o *backlash* consubstanciado na Emenda Constitucional n. 96/2017, o qual acrescentou o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal:

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

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2017a, pp. 9-10.

<sup>320</sup> *Ibid.*, pp. 10-11.

<sup>321</sup> *Ibid.*, pp. 12-13.

<sup>322</sup> *Ibid.*, pp. 25-56, 64-74, 81-100, 123-125, 126-127.

<sup>323</sup> *Ibid.*, pp. 14-16.

<sup>324</sup> *Ibid.*, pp. 14-16.

<sup>325</sup> *Ibid.*, pp. 17-19 e 128-148, 58-63, 75-78, 117-122.



brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Vale observar que a respectiva Proposta de Emenda à Constituição se originou antes mesmo da publicação do acórdão na ADI n. 4.983 e, em suas razões, justificou a necessidade de encerrar a polêmica entre manifestações culturais e proteção aos animais, propondo que os bens culturais de natureza imaterial, como é o caso da vaquejada, serão legítimos quando regulamentados de forma a garantir a integridade dos animais<sup>326</sup>.

No Senado Federal, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça ressaltou que a vaquejada é uma manifestação cultural tradicional nas zonas rurais do Brasil e que as suas diretrizes evoluíram para salvaguardar a integridade dos animais envolvidos, sendo que o Regulamento Geral de Vaquejada da Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) veda agressões aos animais e ainda determina que lhes sejam disponibilizadas água e comida nos eventos<sup>327</sup>.

Também, o parecer da Comissão Especial para a referida PEC na Câmara dos Deputados foi enfático quanto ao caráter cultural da vaquejada e à ausência de crueldade contra os animais, mormente em face da vedação de maus tratos estabelecida pela Lei n. 13.364/2016 e pelo Regulamento da ABVAQ<sup>328</sup>. Trouxe ainda a Comissão Especial evidências científicas de que as práticas desportivas beneficiam a saúde dos animais<sup>329</sup> e, ao fim, acrescentou que a vaquejada “movimenta seiscentos milhões de reais por ano, gera 120 mil empregos diretos e seiscentos mil empregos indiretos”<sup>330</sup>.

Nesse contexto, foi ajuizada a ADI n. 5.728, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96/2017. Ao tempo de redação desta monografia, apenas o Ministro Relator votou, ao que se sucedeu o pedido de visto pelo Ministro Flávio Dino.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, em referência expressa à ADI n. 5.105 e aos argumentos lá articulados sobre a validade dos diálogos institucionais, rejeitou o monopólio

---

<sup>326</sup> BRASIL. **Justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016**. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal. Diário do Senado Federal de 20/10/2016: Brasília, 2016c, pp. 278-279.

<sup>327</sup> BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senador Federal**. Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016. Diário do Senado Federal de 1º/12/2016: Brasília, 2016d, pp. 169-175.

<sup>328</sup> BRASIL. **Parecer da Comissão Especial na Câmara dos Deputados**. Proposta de Emenda à Constituição n. 304/2017. Diário da Câmara dos Deputados de 28/04/2017: Brasília, 2017b, pp. 348-351.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 352.

judicial da Constituição e afirmou que detém o Supremo Tribunal Federal apenas a última palavra provisória, sendo cabível a reversão legislativa dos precedentes da Corte<sup>331</sup>.

Continuou o Ministro, no caso da reversão pela via legislativa ordinária, a lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo ao legislador “o ônus argumentativo de demonstrar que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem”<sup>332</sup>.

Já em relação a reversão por emenda constitucional, a revisão judicial só seria cabível se houver ofensa à cláusula pétrea<sup>333</sup>. Alongando-se neste ponto, o Ministro Dias Toffoli afirmou que a análise da Emenda Constitucional sob o parâmetro das cláusulas pétreas não deve ser ampla (como se o objeto de análise fosse a legislação ordinária), mas sim cautelosa<sup>334</sup>; haveria até mesmo a imposição de um ônus ao controle judicial: “exige-se um rigor argumentativo caracterizado pela demonstração de violação de cláusula pétrea da CF/88, a qual deverá ser interpretada de forma estrita, em deferência à opção de uma maioria legislativa qualificada”<sup>335</sup>.

No caso em exame, continuou o Ministro, o parâmetro das cláusulas pétreas incidiria sob a emenda questionada, pois tanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto o direito à cultura se inserem no rol de direitos fundamentais<sup>336</sup>. Na sequência, o Relator se manifestou pela constitucionalidade da Emenda em exame, sustentando que ela atenderia a ambos os direitos: tanto o do meio ambiente quanto o da cultura<sup>337</sup>. Isso, porque a Emenda condicionou a legitimidade das manifestações culturais à regulamentação por “lei específica que garanta o bem-estar dos animais”<sup>338</sup>. Nessa extensão, mais especificamente, também seria a vaquejada legítima, pois ela se enquadra como manifestação cultural e é dotada de regulação específica que assegura a integridade dos animais envolvidos: a Lei n. 13.364/2016 e o regulamento da ABVAQ<sup>339</sup>.

Nesses termos, votou o Relator, Ministro Dias Toffoli, pela constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 96/2017.

---

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728**. Voto do Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2024b, pp. 10-16.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>333</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>336</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>337</sup> *Ibid.*, pp. 23-24.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>339</sup> *Ibid.*, pp. 24-32.

	Aceita, rejeita, ou não se manifesta sobre validade do fenômeno <i>backlash</i> ?	Impõe condições formais ou materiais para a validade do <i>backlash</i> ?	Compreende que o <i>backlash</i> prejudica, em algum grau, a presunção de constitucionalidade do ato normativo?
Ministro Dias Toffoli	Aceita.	Sim. No caso do <i>backlash</i> por lei ordinária, o legislador teria o ônus de apresentar argumentos a superar o precedente judicial. No caso da reversão via emenda constitucional, o Ministro não mencionou nenhum ônus específico (a não ser não incorrer em violação direta de cláusula pétrea).	Sim. Quando o <i>Backlash</i> ocorre por legislação ordinária, a lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade. O mesmo não se aplicaria à reversão por emenda constitucional, sustentando o Ministro que, nesta situação, a revisão judicial deve ser cautelosa em deferência ao legislador, mesmo sob o parâmetro de análise a partir de cláusula pétrea.

## 5. ANÁLISE CRÍTICA

### 5.1. A ADI n. 2.797-2 como caso paradigmático de supremacia judicial

Como visto no tópico 4.1.1, do Capítulo 4, a ADI n. 2.797-2, a qual dispôs sobre a extensão temporal do foro por prerrogativa de função, foi um caso paradigmático de supremacia judicial. Em verdade, o voto condutor do acórdão, de autoria do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, rejeitou a possibilidade de que a lei ordinária pudesse contrariar a interpretação da Constituição realizada pelo Supremo, sob o fundamento de que a palavra do Supremo Tribunal Federal é a última e não deve ser desafiada<sup>340</sup>.

Nesse contexto, sequer se propôs o Relator a rediscutir a constitucionalidade a partir do teor da nova norma, tratou logo de declarar a sua inconstitucionalidade por ser ela advinda do *backlash*, o que, a seu ponto de vista, usurpa a competência da Suprema Corte como última intérprete da Constituição<sup>341</sup>.

Isso, por si só, encontra óbice em todas as críticas formuladas na primeira parte deste trabalho quanto à supremacia judicial: dificuldade contramajoritária, existência de desacordos morais razoáveis, ausência de racionalidade superior do Poder Judiciário e ausência de fundamentação histórica suficiente.

Também, essa postura juriscêntrica impede a responsividade democrática da Constituição, na medida em que aqueles que discordarem da interpretação judicial ficam sem a perspectiva de reivindicar uma nova compreensão do texto magno a partir de nova rodada procedimental de debates. Dessa forma, o direito constitucional perde legitimidade, ao se afastar completamente da adesão dos demais atores políticos<sup>342</sup>.

Nessa extensão, também se perde o potencial deliberativo que poderia emergir quando os cidadãos se engajam em um diálogo para persuadir uns aos outros, incluindo os membros do Poder Judiciário, com bons argumentos, a fim de superar uma determinada interpretação da Constituição por outra mais convincente<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2...**, pp. 279-287.

<sup>341</sup> *Ibid.*, pp. 279-287.

<sup>342</sup> Vale lembrar, como desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel, que a Constituição mantém sua legitimidade e autoridade quando os cidadãos se identificam com o sentido que lhe é atribuída ou, ao menos, quando têm a esperança de persuadir os demais para que a interpretação constitucional prevalescente se alinhe com a sua visão (POST, R; SIEGEL, R. **Democratic Constitutionalism...**, pp. 26-29).

<sup>343</sup> Importa rememorar também que, consoante expõem Post e Siegel, o *backlash* possibilita uma valiosa troca de argumentos entre os cidadãos (POST, R; SIEGEL, R. **Roe Rage...**, pp. 388-391, 403-406 e 425-430).

Ainda, considerando os argumentos formulados pelos próprios ministros da Corte em julgamentos posteriores, essa posição juriscêntrica carece de fundamento dogmático-normativo, pois o controle judicial de constitucionalidade não vincula o legislador. Em realidade, como sustentou o Ministro Marco Aurélio na ADI n. 5.105, ação em que se discutiu o direito de antena e de fundo partidário, o controle judicial sequer vincula outro Poder propriamente, mas apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, nos termos do § 2º do art. 102 da Constituição Federal<sup>344</sup>.

Além disso, também chamou atenção o Ministro Edson Fachin no julgamento da mesma ADI n. 5.105 para a possibilidade de se constatar a existência de desacordos razoáveis em determinada matéria a partir da própria existência de divergências internas no âmbito do Supremo Tribunal, o que seria traduzido na existência de opções razoáveis, cabendo maior deferência à escolha realizada pelo legislador<sup>345</sup>.

Isso bem se aplica à discussão sobre a extensão temporal do foro por prerrogativa de função após o término da investidura da autoridade ré. Em primeiro lugar, porque a matéria envolve o cancelamento de Súmula de jurisprudência, o que significa que houve no tempo uma mudança da posição do Tribunal. Em segundo, porque o cancelamento da Súmula n. 394, de modo a não mais se permitir a extensão do foro por prerrogativa, não fora decidido à unanimidade, mas sim com um placar de sete votos favoráveis contra quatro desfavoráveis.

Na ocasião, os Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira divergiram da maioria ao argumento de que a interpretação extensiva sobre o foro não criaria privilégios, mas sim asseguraria o exercício tranquilo do cargo público diante da possibilidade de perseguições políticas futuras<sup>346</sup>. Vencidos os referidos Ministros, foi justamente em expressa adesão ao seu posicionamento divergente<sup>347</sup> – opção razoável de acordo com o raciocínio do Ministro Edson Fachin na ADI n. 5.105 – que a reversão legislativa se orientou, pelo que lhe seria devida maior deferência em caso de nova revisão judicial.

Ademais, se se entender que a reversão legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal implica automaticamente a inconstitucionalidade formal da nova norma sob a compreensão de que o legislador usurpou a autoridade da Corte como intérprete final da

<sup>344</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, pp. 191-192.

<sup>345</sup> No caso, assim resumiu o Min. Edson Fachin: “como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)?” (*Ibid.*, p. 84).

<sup>346</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4...**, pp. 239-255, 291 e 316-318.

<sup>347</sup> Conforme visto na justificação do Projeto de Lei n. 6.295/2002 (BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 6.295/2002...**, pp. 13601-13602).

Constituição, o próprio Supremo perderia parte de suas capacidades substantivas, pois teria reduzidas as oportunidades de revisar o mérito dos seus precedentes e, então, proceder a correções ou atualizações.

Isso, porque, ao serem novamente chamados para apreciar a matéria, os ministros vencidos têm, em tese, uma nova oportunidade de reavaliar o quadro normativo de forma ampla, para alterar ou manter o seu posicionamento e, na segunda hipótese, têm nova oportunidade de convencer os seus pares em mais uma rodada procedimental de debates. Justamente foi essa a chance que o Ministro Sepúlveda Pertence descartou, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade da reversão legislativa por si só, deixou ele de rediscutir a matéria de fundo e, se fosse o caso, reavivar o seu posicionamento divergente no precedente anterior.

Ao extremo, se compreendido que a reversão legislativa sempre incorre em vício formal de constitucionalidade por usurpação da competência do Supremo como último intérprete da Constituição, um precedente da Corte jamais poderia ser superado. Afinal, se o Tribunal invariavelmente entender pela inconstitucionalidade formal da norma advinda do *backlash*, ficam bloqueadas quaisquer formas de modificar o quadro normativo seja pelo Legislativo seja pelo próprio Judiciário.

Nesse contexto, a ADI n. 2.797 é um exemplo notório de supremacia judicial e dos efeitos indesejados que daí advêm, não é por menos que a posição juriscêntrica presente no voto condutor do acórdão, de autoria do Ministro Sepúlveda Pertence, encontrou oposição expressa nos votos dos Ministros Eros Graus e Gilmar Mendes, os quais reforçaram que a atividade legiferante implica essencialmente a interpretação da Constituição e, no caso do Ministro Gilmar, que o texto constitucional está aberto a uma pluralidade de intérpretes<sup>348</sup>.

De igual modo, o precedente em análise foi lembrado e objeto de críticas no julgamento da ADI n. 5.105. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux classificou a ADI n. 2.797 como um exemplo de “autoritarismo judicial (...) incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes”<sup>349</sup>, ainda acrescentou ser “óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo”<sup>350</sup> e, em seguida, prestou homenagem às posições divergentes dos Ministros Eros Graus e Gilmar Mendes na ocasião<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2...**, pp. 305-322 e 359-370.

<sup>349</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 21.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>351</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

Por fim, como também observou o Ministro Luiz Fux, a posição do Tribunal na ADI n. 2.797 felizmente não se manifestou nos casos posteriores de *backlash*<sup>352</sup>. É interessante até mesmo notar que, cerca de 3 (três) anos depois do referido precedente, a Corte foi chamada a analisar a ADI n. 3.772, a qual também tratava da reversão de precedente judicial por meio da edição de nova lei; desta vez, a Corte acabou por anuir à reversão parlamentar<sup>353</sup>.

Entre os ministros que participaram de ambos os julgamentos, destaca-se a mudança de postura do Ministro Cezar Peluso, o qual havia expressamente acompanhado a posição do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI n. 2.797, como se observa em trecho do seu voto: “o § 1º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a constituição. É que a revogação da Súmula 394, pelo Supremo, se fez mediante interpretação da constituição pelo seu guardião-maior”<sup>354</sup>.

Já ao julgar a ADI n. 3.772, novamente tratando da reversão legislativa de Súmula de jurisprudência da Suprema Corte, foi bem diferente a postura adotada; desta vez, em concordância com a alteração legislativa promovida, o Ministro assim se pronunciou durante as sessões de debate: “Nós vamos mudá-la, vamos dar interpretação para ela. Nós não participamos de nenhum dos precedentes que fundaram essa Súmula”<sup>355</sup>.

## **5.2. A avaliação dos julgados a partir do seu potencial para superar a crítica à supremacia judicial, assegurar a responsividade da constituição e aprimorar o debate público**

Como visto no tópico imediatamente anterior, na ADI n. 2.797, cujo acórdão, publicado em 2006, se baseou no voto de autoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal vedou a possibilidade de diálogo interinstitucional por meio da reversão legislativo via lei ordinária<sup>356</sup>, minando assim um potencial deliberativo que poderia emergir se o Supremo e o Congresso considerassem os argumentos um do outro e buscassem melhores razões para justificar a superação da interpretação constitucional proposta pelo outro ente, consoante as suas respectivas competências e capacidades institucionais, seja pela atividade judicante seja pela atividade legislativa.

---

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 22.

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772.**

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2...**, p. 438.

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772...**, p. 109.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2...**, pp. 279-287.

Ainda no ano de 2006, o Supremo foi provocado a se manifestar quanto à possibilidade de superação dos seus precedentes via emenda constitucional, no MS n. 24.875; nessa situação, novamente a partir do voto de autoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte já não manifestou objeções, sob o fundamento de que o próprio parâmetro do controle de constitucionalidade teria sido modificado pela emenda, de modo que eventual revisão judicial ficaria restrito à análise da violação das cláusulas pétreas, a qual não se aplicava no caso em exame<sup>357</sup>.

De um lado, essa compreensão por si só não resolve a dificuldade contramajoritária, porque, dado o quórum qualificado elevado para a aprovação de uma emenda constitucional, não é este um recurso trivial para a superação política dos precedentes judiciais, teoricamente manifestando-se apenas em momentos excepcionais<sup>358</sup>. De outro, não haveria qualquer deliberação interinstitucional em busca da melhor interpretação constitucional, mas sim uma disputada pela última palavra: o Supremo Tribunal seria o detentor da palavra final sobre a Constituição, sendo eventual reversão possível só se se alterar a própria Constituição, ao que a revisão judicial não se aplicaria (ao menos, nas matérias que não sejam afeitas às cláusulas pétreas).

Por fim, vale mencionar, na perspectiva apresentada pelos acórdãos datados de 2006, tanto na ADI n. 2.797 quanto no MS n. 24.875, não ficou clara a compreensão da Suprema Corte quanto à possibilidade de superação dos seus precedentes por emenda constitucional quando a matéria envolver cláusulas pétreas.

No contexto, duas são as possibilidades.

Na primeira, partindo cumulativamente das premissas de que o parâmetro do controle judicial antes realizado é imutável e de que a palavra judicial é a última no que se refere à interpretação de um dispositivo constitucional, a Corte poderia compreender que a reversão dos precedentes judiciais mesmo via emenda constitucional seria invariavelmente inválida se tangenciar cláusula pétrea, uma vez que o parâmetro da revisão judicial anterior sempre se mantém e a interpretação que lhe foi conferida pelo Supremo é a finalíssima.

Por outra perspectiva, a Suprema Corte poderia bem entender que o quórum qualificado para as emendas constitucionais confere ao poder constituinte derivado legitimidade para reivindicar nova interpretação da Constituição distinta daquela afirmada pelo Tribunal; assim,

---

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.875**..., pp. 297-313.

<sup>358</sup> Com efeito, a proposta de emenda à Constituição não atenua a dificuldade contramajoritária, pois bastaria uma minoria política para rejeitar a proposta de mudança (BICKEL, A. **The Least Dangerous Branch**..., p. 21); também, por ser um recurso menos frequente, a proposta de emendas não é um meio efetivo para garantir a responsividade da Constituição (POST, R.; SIEGEL, R. **Democratic Constitutionalism**..., p. 28).



ainda que o parâmetro da decisão judicial anterior se mantenha por ser cláusula pétrea, a interpretação que lhe é atribuída não seria monopólio da Corte, podendo ser reivindicada pelo poder constituinte derivado.

Em prol de uma proposta mais dialógica, a segunda possibilidade se mostra mais conveniente, pois, ainda que não saneie a dificuldade contramajoritária diante da excepcionalidade que as emendas constitucionais devem assumir, ao menos abre uma via pela qual os ramos da política majoritária poderiam superar a interpretação judicial sobre uma cláusula pétrea da Constituição.

De todo modo, fato é que ficou em aberto, com base apenas nos acórdãos datados de 2006, o escrutínio revisional que o Supremo conferiria às cláusulas pétreas. Pode-se concluir tão somente, até o momento, que a lei ordinária não pode contrariar a interpretação da Constituição realizada pela Suprema Corte, sendo possível eventual superação somente se se alterar a própria Constituição (restando a dúvida quando a matéria envolver cláusulas pétreas).

O paradigma até aqui apresentado pela última palavra da Suprema Corte, no entanto, não se manifestou em julgamentos posteriores, como comentou o Ministro Luiz Fux na ADI n. 5.105<sup>359</sup>. Em verdade, nos casos seguintes, o Supremo revelou-se mais receptivo ao diálogo interinstitucional na forma de *backlash*, procedendo, em alguma medida, a uma efetiva reanálise da nova norma.

Três anos após a publicação dos acórdãos então analisados, respectivamente na ADI n. 2.797 e no MS n. 24.875, foi publicado em 2009 acórdão na ADI n. 3.772; desta vez, o Supremo Tribunal, por maioria, anuiu à reversão legislativa via lei ordinária aprovada para superar súmula de jurisprudência da própria Corte<sup>360</sup>.

No caso, o fenômeno do *backlash* não foi propriamente objeto de discussão, então o Supremo não estabeleceu uma compreensão jurídica expressa quanto à possibilidade de reversão legislativa dos seus precedentes<sup>361</sup>. De todo modo, o fato é que os ministros da Corte acabaram por rediscutir a constitucionalidade da nova norma de forma ampla, de modo que a mera existência de súmula anterior de jurisprudência não foi invocada como um fundamento que, por si só, implicaria a inconstitucionalidade da nova lei em sentido contrário<sup>362</sup>.

Dessa forma, o *backlash* legislativo se mostrou como uma possibilidade em potencial para superar os precedentes da Corte e, de fato, o foi, pois o plenário do Tribunal, por maioria,

---

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 22.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772.**

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> *Ibid.*

declarou a constitucionalidade parcial da nova lei em superação à sua súmula de jurisprudência<sup>363</sup>. Nesse contexto, reforça-se que o parâmetro da constitucionalidade – no caso, o § 5º do art. 40 e o § 8º do art. 201 da Constituição Federal – não foi alterado, mas apenas a interpretação que lhe era conferida, prevalecendo agora a interpretação fornecida pelo Congresso Nacional, com a concordância da própria Suprema Corte de que a nova interpretação é substancialmente melhor<sup>364</sup>.

Essa mudança de postura quanto à possibilidade de a lei ordinária reverter a interpretação da Constituição realizada pelo Supremo Tribunal Federal atenua, de fato, a dificuldade contramajoritária relativa à tomada de decisões fundamentais por juízes não eleitos. Isso, justamente porque a maioria política não se torna alienada da possibilidade de reverter as decisões judiciais das quais discorde, de modo que a sua capacidade decisória não é tolhida e conserva-se a relevância moral do critério majoritário para o autogoverno.

Também, houve assim o devido reconhecimento, ainda que de forma tácita, de que normas constitucionais, por vezes, possuem semântica aberta a diferentes compreensões<sup>365</sup>, de modo que nem sempre é necessário alterar o texto constitucional a fim de modificar o sentido da Constituição. Por assim dizer, houve o devido reconhecimento de que a interpretação proposta pelo Legislativo via lei ordinária, mesmo que diferente da decisão anterior do Supremo Tribunal, pode bem se situar entre um rol de opções interpretativas razoáveis quanto à determinado dispositivo da Constituição e, em dado momento, revelar-se substancialmente melhor do que a interpretação judicial em vigência.

Além disso, com a abertura ao *backlash* legislativo, a adjudicação constitucional não encontra maiores dificuldades de fundamentação, seja histórica ou dogmática-normativa.

Quanto à primeira, não há dúvidas de que o controle judicial de constitucionalidade se desenvolveu como prática histórica-constitucional e foi sistematizada no caso *Marbury v. Madison*, em cuja análise ressaltamos que não afirmou a supremacia judicial, mas sim a supremacia da constituição, sendo os tribunais mais um ente competente para interpretá-la e assegurar a sua integridade<sup>366</sup>.

Já sob a óptica dogmática-normativa, também não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal é legitimado para interpretar a Constituição, afinal é esta a literalidade do art.

---

<sup>363</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772...**, pp. 81-82.

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> O que é factível diante da existência de desacordos morais sobre direitos fundamentais (WALDRON, J. **Judicial Review and the Conditions of Democracy...**, pp. 341-343. WALDRON, J. **The Core of the Case...**, pp. 1366-1369).

<sup>366</sup> GODOY, M. **Devolver a Constituição...**, pp. 59-60.

102, *caput*, da Constituição Federal. De outro lado, não há previsão normativa que estabeleça a supremacia judicial no ponto, sendo ainda, como já mencionado neste trabalho, que a adjudicação constitucional não vincula a atividade legislativa, conforme o § 2º do art. 102 da Constituição.

Por sua vez, é relevante lembrar que a demanda por responsividade popular do texto constitucional importa para assegurar a legitimidade e autoridade democrática da ordem constitucional na medida em que, assim, os cidadãos se identificam com a constituição<sup>367</sup>. Daí não há que ser tida por inválida a tentativa dos ramos da política majoritária de reivindicar uma interpretação constitucional que mais lhe convém.

Também em preocupação com a responsividade da constituição, é relevante que aqueles cuja opinião não prevaleceu mantenham a esperança de persuadir os seus pares e, no futuro, ter a interpretação constitucional prevalecente aliada à sua visão<sup>368</sup>. Assim, podem os cidadãos se identificar com o texto constitucional mesmo quando a sua opinião restou vencida, pois sabem que o seu posicionamento, se for convincente, ainda poderá ganhar espaço<sup>369</sup>. Mais uma vez, portanto, a abertura da adjudicação ao *backlash* é muito bem-vinda.

Por fim, tomando que não há propriamente uma técnica legal, monopólio das cortes, para superar a existência de desacordos razoáveis em determinada agenda<sup>370</sup>, assim como não são os juízes detentores de uma racionalidade superior apartada das pressões da política majoritária para decidir com base em princípios<sup>371</sup>, não possui a Suprema Corte o trunfo da verdade em matéria constitucional.

De outro lado, de fato, as cortes possuem uma perspectiva institucional própria capaz de contribuir para a garantia dos direitos fundamentais<sup>372</sup> e, por isso, têm a oferecer um enriquecimento substancial ao debate público, somando-se como mais uma esfera decisória em conjunto com os ramos majoritários do Poder. Nesse contexto, as cortes e os demais ramos do Poder político podem interagir a partir da possibilidade de superarem as decisões uns dos outros quando apresentarem bons argumentos para tanto; as instituições, assim, acabariam por desafiar (ou estimular) umas às outras a propor melhores decisões, materializando uma produtiva deliberação interinstitucional em prol de boas razões<sup>373</sup>.

<sup>367</sup> POST, R; SIEGEL, R. **Democratic Constitutionalism...**, pp. 26-29.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>370</sup> POST, R. **Fashioning the Legal Constitution...**, pp. 52-56 e 81-83.

<sup>371</sup> BATEUP, C. **The Dialogic Promise...**, pp. 1148-1150.

<sup>372</sup> POST, R; SIEGEL, R., **Popular Constitutionalism, Departmentalism...**, p. 1.038).

<sup>373</sup> Essa forma de diálogo constitucional em que ocorre o desafio mútuo entre as instituições por melhores argumentos é desejável porque promoveria um modelo de democracia verdadeiramente deliberativa (MENDES, C. **Direitos Fundamentais...**, pp. 193-214).

Essa proposta dialógica muito bem se amolda ao *backlash*, uma vez que, diante de uma interpretação judicial da constituição que lhes desagrade, podem os atores políticos se engajar em um processo de persuasão dos demais de que há razões convincentes para a superação do precedente judicial<sup>374</sup>, o que, inclusive, além de estimular a deliberação pública, fortalece a coesão social nas sociedades heterogêneas<sup>375</sup>.

É interessante mesmo observar o incremento ao debate público que a abertura do Supremo Tribunal ao *backlash*, na ADI n. 3.772, proporcionou. Vale rememorar, tratava o caso da concessão da aposentadoria especial dos professores, prevista no § 5º do art. 40 e § 8º do art. 201 da Constituição Federal, aos docentes que atuam fora das salas de aula em atividades de direção, coordenação ou assessoramento escolar<sup>376</sup>.

Como visto, a Súmula de jurisprudência n. 726 do Supremo Tribunal Federal vedava expressamente a concessão da aposentadoria especial aos professores que não estivessem estritamente lecionando em sala de aula. Daí que a Lei n. 11.301/2006 revisitou essa restrição e decidiu por estender a benesse da aposentadoria especial aos professores e especialistas em educação em atividades de direção, coordenação ou assessoramento pedagógica. De acordo com a justificação do projeto legislativo e com o parecer da Comissão de Educação e Cultural da Câmara dos Deputados, essa seria a melhor regulamentação da previsão constitucional da aposentadoria especial, pois os profissionais nas referidas atividades têm formação pedagógica e experiência docente<sup>377</sup>, e haveria, mesmo fora das salas de aula, um “*locus*” escolar se houver o contato direto com professores e alunos<sup>378</sup>.

Na sequência, ao ser chamado para avaliar a constitucionalidade da mudança legislativa, o Supremo Tribunal se engajou em um efetivo diálogo com o Legislativo e, considerando, como pano de fundo, a justificativa do projeto legislativo respectivo de que há certa intersecção entre professores em sala de aula e aqueles em atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, tratou a Corte de desenvolver ainda mais os argumentos então aventados pelo Congresso Nacional<sup>379</sup>.

Dentro do quadro temático de suposto “*locus*” escolar também em atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, os ministros do Supremo, tanto aqueles a favor quanto aqueles contrários à constitucionalidade da nova lei, adicionaram argumentos relevantes

---

<sup>374</sup> POST, R; SIEGEL, R. *Roe Rage*..., pp. 388-391 e 405-406.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>376</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772**..., pp. 84-89.

<sup>377</sup> BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 4.671/2004**..., p. 58018.

<sup>378</sup> BRASIL, **Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados**..., pp. 45766-45767.

<sup>379</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772**.

à discussão: a existência de encargos adicionais por aqueles professores que efetivamente atuam em sala de aula (contra), a docência em sala como a única atividade-fim do sistema educacional (contra), o fato de que alguns Estados estruturam a carreira docente estadual incluindo os cargos de direção (a favor), a compreensão de que o comando constitucional pela valorização dos docentes recomendaria a interpretação extensiva do conceito de professor (a favor) e a valoração positiva da direção da escola composta pelo seu próprio corpo docente e não por gestores externos (a favor).<sup>380 381</sup>

Chama-se atenção, no ponto, para o incremento deliberativo que o exame de constitucionalidade pela Suprema Corte proporcionou à discussão quanto à aposentadoria especial dos professores, adicionando e tensionando novos argumentos à discussão que, até então, não haviam sido articulados pelo legislador. Assim, para além do resultado do julgamento em si, importa perceber que a discussão sobre o tema é hoje muito mais bem informada do que seria caso a Corte não houvesse assentido (ao menos, tacitamente) com a legitimidade do *backlash* e, então, prosseguido à reanálise ampla do quadro normativo.

Nessa cronologia, observa-se que, conquanto a ADI n. 3.772 tenha disposto sobre a constitucionalidade de norma originada do *backlash*, não foi o fenômeno da reversão legislativa por si próprio objeto de discussão, restando incerta a exata compreensão do Supremo Tribunal Federal quanto à superação legislativa dos seus precedentes.

Novamente, a revisão judicial da norma advinda do *backlash* tornou a ocorrer no julgamento conjunto da ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30, cujo acórdão foi publicado em 2012. Assim como no precedente imediatamente anterior, a Corte não invalidou a reversão legislativa de imediato, tratou efetivamente de fazer a reanálise do quadro normativo de forma ampla<sup>382</sup>; o que, como já analisado no caso anterior, acaba por superar ou atenuar a crítica à supremacia judicial.

No caso, também não houve uma discussão específica quanto ao fenômeno do *backlash*; o mais próximo disso é que o Ministro Luiz Fux defendeu, em seu voto, que a reversão legislativa contribui para a responsividade da Constituição e, nessa extensão, mencionou que a reversão legislativa do precedente anterior da Corte adveio de iniciativa popular contando com mais de um milhão de assinaturas, de modo que seria esse um elemento a ser tomado em

---

<sup>380</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772...**, pp. 90-100, 101-103, 110-116, 119-125.

<sup>381</sup> Ao fim, como já visto, foi declarada constitucional a extensão da aposentadoria especial aos professores em atividades de assessoria, coordenação e direção escolar, e declarada a inconstitucionalidade apenas da sua extensão aos especialistas em educação, por ser taxativa a sua concessão apenas aos professores, nos termos § 5º do art. 40 e § 8º do art. 201 da Constituição Federal 88.

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578.**

consideração em favor da mudança legislativa<sup>383</sup>. De igual modo, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Rosa Weber mencionaram a intensa mobilização popular para a edição da nova norma como fator relevante a ser considerado em deferência ao legislador<sup>384</sup>.

Já foi muito mencionado neste trabalho que a responsividade democrática promovida pelo *backlash* é relevante para preservar a legitimidade da própria Constituição; por conseguinte, é, de fato, pertinente considerar a grande mobilização popular para a reversão legislativa como um fator relevante, ainda que não absoluto, em favor da reversão legislativa.

No julgamento conjunto da ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30, então, os referidos ministros indicaram uma compreensão, ainda que incipiente, sobre o fenômeno do *backlash* manifestando-se expressamente pela sua legitimidade, mormente em face da possibilidade de a reversão legislativa promover a responsividade da Constituição.

Como no precedente anterior, a Corte realizou, no julgamento em exame, uma rediscussão ampla do quadro normativo, a qual tanto foi longa quanto se mostrou bem-informada com os subsídios da deliberação no precedente superado e das razões legislativas ao tempo do *backlash*.

Com efeito, verifica-se que os argumentos aventados no precedente anterior<sup>385</sup> e no momento da reversão legislativa<sup>386</sup> voltaram a ser rememorados no julgamento da ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30<sup>387</sup>, a Corte possuía assim mais informações do que antes e, em tese,

---

<sup>383</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578...**, pp. 20-27.

<sup>384</sup> *Ibid.*, pp. 52-68 e 152-155.

<sup>385</sup> Como visto no quarto capítulo desta monografia, o caso em exame tratava da inelegibilidade do candidato política a partir de decisão condenatória colegiada mesmo sem trânsito em julgado. No precedente superado pela reversão legislativo (julgamento da ADPF n. 144-DF), os Ministros favoráveis à inconstitucionalidade da inelegibilidade sustentaram: a primazia do princípio da presunção de inocência de modo que a culpabilidade só se configuraria a partir do juízo de certeza com o trânsito em julgado, a possibilidade de neutralização da procrastinação do trânsito em julgado pela parte ré com o reconhecimento do abuso do direito de recorrer, o índice de reversibilidade de 28,5% em recurso extraordinário das condenações criminais e a arbitrariedade que as interpretações extensivas em matéria penal podem ocasionar. Já os ministros favoráveis à antecipação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado alegaram que o direito de candidatura possui natureza coletiva que requer especial proibidade do candidato, além de que a mera inelegibilidade não é uma restrição tão gravosa, sequer afetando os demais direitos políticos. Ao fim, formou-se maioria pela inconstitucionalidade da inelegibilidade antecipada.

<sup>386</sup> Rememorando novamente o quarto capítulo deste trabalho, observou-se que a reversão legislativa referida enfatizou o anseio popular pela antecipação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado, bem como buscou demonstrar que o princípio da presunção de inocência é restrito ao âmbito penal no direito brasileiro, pois as decisões no direito processual civil têm eficácia imediata se não forem sucedidas por recursos com efeito suspensivo, que as hipóteses de inelegibilidade dirigem-se apenas aos agentes responsáveis por crimes dolosos de maior gravidade ou a atos dolosos de improbidade administrativa e que há ainda a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto em face da decisão colegiada condenatória a fim de obstar a inelegibilidade imediata.

<sup>387</sup> Ao julgar a reversão legislativa, tanto os ministros favoráveis quanto aqueles contrários à constitucionalidade da configuração da inelegibilidade a partir da decisão condenatória se mostraram bem informados com os fundamentos do precedente judicial anterior e da reversão legislativa, pois, nos debates, os argumentos anteriores

pôde decidir mais bem informada e contribuir substancialmente para futuras rodadas procedimentais de debate ainda melhores. Ademais, tão densos foram os debates no novo julgamento que o próprio Presidente do Supremo Tribunal à época, Ministro Cezar Peluso, fez um registro positivo da qualidade deliberativa daquele julgamento<sup>388</sup>.

De toda forma, para além de meramente aceitar tacitamente a legitimidade da reversão legislativa e proceder a algum tipo de reanálise do quadro normativo, é somente a partir da ADI n. 5.105, cujo acórdão foi publicado em 2016, que o Supremo Tribunal, de fato, discutiu o *backlash* como um objeto próprio de análise<sup>389</sup>. Esse julgado, como veremos, é paradigmático, pois fixou uma compreensão mais precisa sobre a legitimidade do *backlash* e as condições que deve ele atender para lograr êxito em superar a interpretação judicial da Constituição.

Na Ação, o Ministro Relator, Luiz Fux, inicialmente afirmou a possibilidade de reversão dos precedentes do Supremo por meio de emenda constitucional ou lei ordinária, sendo indevida a pretensão de última palavra judicial<sup>390</sup>. Entretanto, no caso da reversão pela edição de nova lei, esta nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo ao Legislativo o ônus de apresentar novos argumentos hábeis a superar os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão judicial a ser revertida<sup>391</sup>. Foram esses os termos do voto condutor do acórdão, o qual ganhou expressa adesão nos julgamentos subsequentes envolvendo o *backlash*, quais sejam, a ADI n. 4.579, o RE n. 1.116.485 e a ADI n. 5.728.

A proposta apresentada, no entanto, ainda que mais desejável do que um modelo puro de supremacia judicial, é também centrada no Poder Judiciário e acaba por limitar o potencial deliberativo do diálogo interinstitucional.

Em primeiro lugar, porque a presunção relativa de inconstitucionalidade da lei que desafia o precedente judicial implica a presunção da resposta correta em favor da Corte constitucional. Ainda que essa não seja uma presunção absoluta, o fato é que promove a noção de racionalidade superior do Judiciário diante das maiorias políticas, o que ofusca a atuação das maiorias políticas retomando a dificuldade contramajoritária, não se aplica em um contexto de

---

voltaram à tona: a importância da presunção de inocência, a reversibilidade de 28,5% em recurso extraordinário dos acórdãos condenatórios, a exigência de especial probidade na arena pública, o anseio popular pela moralização da política, a flexibilização da presunção de inocência no direito brasileiro (inclusive em matéria penal admitindo-se a prisão provisória) e a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo para obstar a eficácia imediata de condenação condenatório. Desta vez, ocorre que os referidos elementos foram valorizados de forma diferente da decisão judicial anterior, declarando-se a constitucionalidade da inelegibilidade mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; de todo modo, o importante a ser observado é que a Corte possuía mais informações do que aquelas do precedente superado e, em tese, pôde decidir de maneira mais informada.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578...**, p. 373.

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105.**

<sup>390</sup> *Ibid.*, pp. 15-29.

<sup>391</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

desacordos morais razoáveis dada a inexistência de um critério racional apriorístico para solucionar o desacordo, não é necessariamente factual, e carece de fundamentação histórica e dogmática-normativa suficiente.

Ademais, a presunção relativa de inconstitucionalidade da nova lei põe em risco a própria eficácia da norma: poderiam, então, os cidadãos e os órgãos da Administração Pública deixarem de observar a lei? Poderiam os tribunais declararem a inconstitucionalidade da nova lei sem a observância da cláusula de reserva de plenário nos termos do art. 97 da Constituição Federal?

Também é passível de críticas a exigência rígida de que a reversão legislativa apresente novos argumentos para superar a decisão judicial, na medida em que se perde um potencial deliberativo mais amplo que o diálogo interinstitucional poderia obter. Claro, a adição de novas informações por cada instituição propicia decisões futuras mais bem informadas, como ocorreu na ADI n. 3.772-DF e na ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30, já analisados. No entanto, a superação dos precedentes judiciais por melhores respostas não precisa, rígida e necessariamente, se sujeitar à apresentação de novos argumentos.

Aliás, mesmo nos referidos precedentes já analisados (a ADI n. 3.772 e na ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30), a Corte não se limitou a avaliar se o legislador havia apresentado argumentos novos contrários ao precedente judicial a ser revertido. Como visto no Capítulo 4 e reafirmado neste tópico, na ADI n. 3.772, a própria Corte tratou de adicionar novos argumentos àqueles apresentados pelo legislador, potencializando a deliberação pública sobre a matéria. Por sua vez, no julgamento conjunto da ADI n. 4.578, ADC n. 29 e ADC n. 30, conquanto novos argumentos tenham sido acrescentados pelo legislador, a Corte não se restringiu apenas a apreciá-los, tratou também de revalorizar argumentos que não eram inéditos em si.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido na paradigmática ADI n. 5.105, criticou justamente a condição imposta ao *backlash* de acordo com a qual caberia ao legislador apresentar argumentos novos aos da decisão judicial, sob o fundamento de que essa exigência é insuficiente para uma deliberação pública mais ampla<sup>392</sup>. Com efeito, propôs o Ministro Gilmar que a análise da lei advinda do *backlash* seja uma reanálise objetiva do quadro normativo, até porque a mudança de contexto traria, por si só, fundamentos para a reavaliação dos julgados ainda que não tenham sido alegados pelo legislador<sup>393</sup>. No caso em concreto da

---

<sup>392</sup> Além disso, essa demanda seria, na prática, “difícil (de) se exigir” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 188).

<sup>393</sup> *Ibid.*, pp. 185-190.



Ação Direta n. 5.105, concluiu o Ministro: “parece que aqui há, sim, fundamentos; não fundamentos que o legislador trouxe-nos para apreciar, mas que decorrem do novo quadro normativo suficiente a declarar a constitucionalidade da norma”<sup>394</sup>.

Para esclarecer, critica-se, em verdade, a rigidez da exigência de novos argumentos pelo legislador, mas não se ignora que a reversão legislativa surge com o ônus de ser acompanhada por razões melhores para a superação dos precedentes judiciais; isso, no entanto, pode partir da revalorização das circunstâncias sociais e de argumentos que não são inéditos em si, além de que não impede que o próprio Poder Judiciário identifique fundamentos novos favoráveis à reversão legislativa.

Noutras palavras, espera-se, de fato, que as instituições carreguem o ônus de apresentar boas razões a justificar a superação da interpretação constitucional em vigência realizada pelo outro ente; critica-se, tão somente, a limitação de que isso seja estritamente feito por meio de apresentação de argumentos novos pelo Legislativo, o que acabaria por limitar a deliberação pública.

De todo modo, como já adiantado acima, o fato é que o voto condutor do acórdão na ADI n. 5.105, de autoria do Ministro Luiz Fux, voltou a ser rememorado nos julgamentos posteriores envolvendo o *backlash*, ou seja, na ADI n. 4.579, no RE n. 1.116.485 e na ADI n. 5.728. Em todos esses casos, foi reproduzida a ementa de julgamento da ADI n. 5.105 e voltou-se a repetir as condições impostas para a reversão via lei ordinária dos precedentes da Suprema Corte em matéria constitucional: (i) a nova lei nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade e (ii) caberia ao Legislativo o ônus de apresentar novos argumentos para superar o precedente da Corte constitucional<sup>395</sup>.

Vale mencionar que os votos condutores dos respectivos acórdãos na ADI n. 4.579 e no RE n. 1.116.485 são também de autoria do Ministro Luiz Fux, porém nenhum outro ministro, nas duas ações referidas, propôs uma compreensão distinta sobre o fenômeno do *backlash* como objeto autônomo de análise<sup>396</sup>. Já o voto proferido na ADI n. 5.728 é de relatoria do Ministro Dias Toffoli<sup>397</sup>, mas as mesmas premissas assentadas pelo Ministro Luiz Fux tornaram a ser reproduzidas (desta vez, pelo Ministro Toffoli):

<sup>394</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, p. 190.

<sup>395</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.579...**, pp. 12-16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485...**, pp. 27-28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728...**, p. 16.

<sup>396</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.579**. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485**.

<sup>397</sup> Até o momento de redação desta monografia, apenas o Ministro Dias Toffoli votou na Ação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728**).

(...) conforme consignado na ADI n. 5.105-DF (...) no caso de legislação infraconstitucional que veicule interpretação diversa daquela firmada pelo Supremo Tribunal Federal, existe uma presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade. Nesse caso, cabe ao legislador ordinário o ônus argumentativo de demonstrar que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem.<sup>398</sup>

Sendo esse o caso, mantêm-se válidas todas as críticas dirigidas à compreensão do *backlash* formulada na ADI n. 5.105 no sentido de que ela implica certo grau de supremacia judicial, coloca em dúvida a eficácia normativa da lei nova e reduz o potencial deliberativo do diálogo interinstitucional com a rígida exigência de que o legislador apresente argumentos novos para superar a interpretação judicial da Constituição.

Avançando na discussão, falta mencionar que tanto o acórdão do RE n. 1.116.485 quanto o voto do Ministro Dias Toffoli na ADI n. 5.728, acrescentaram algumas noções a respeito do *backlash* que, até então, não haviam sido articuladas nem mesmo pelo paradigmático precedente na ADI n. 5.105.

No caso do RE n. 1.116.485, entendeu o Ministro Relator, Luiz Fux, que a lei editada em contrariedade à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal tenderia a prevalecer, ressalvada eventual revisão judicial no caso de violação à Constituição<sup>399</sup>; isso, porque o art. 5º da Lei n. 11.417/2006, a qual regulamenta as súmulas vinculantes, prevê a revisão ou cancelamento da súmula quando alterada a lei tida como seu objeto<sup>400</sup>. Por conseguinte, a reversão de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal mesmo via legislação ordinária, prevalecendo a princípio, não seria evitada de presunção de inconstitucionalidade.

Essa compreensão acaba efetivamente por conferir a paridade entre juízes e legisladores no diálogo constitucional, uma vez que, assim, a lei nasce com a devida presunção de constitucionalidade, sem qualquer prejuízo *a priori* meramente por contrariar a posição do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, as críticas dirigidas à supremacia judicial não se aplicam à compreensão ora mencionada do Supremo quanto à possibilidade de reversão legislativa das suas súmulas vinculantes.

A seu turno, o voto do Ministro Dias Toffoli na ADI n. 5.728 trouxe uma compreensão mais precisa sobre a reversão dos precedentes da Corte por meio de emendas constitucionais.

Segundo o seu voto, quando o assunto não envolver cláusula pétrea, a emenda constitucional acaba por alterar o próprio parâmetro de constitucionalidade, motivo pelo qual a

<sup>398</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728...**, p. 16.

<sup>399</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485...**, pp. 28-30.

<sup>400</sup> *Ibid.* pp. 28-30.

revisão judicial não se aplicaria e o poder constituinte derivado manifestaria a última palavra<sup>401</sup>. Quanto a isso, não há grandes controvérsias, até porque, mesmo no ano de 2006, em um contexto centrado na supremacia judicial, o Supremo Tribunal já acenava para a última palavra do poder constituinte derivado quando não houver violação às cláusulas imutáveis da Constituição<sup>402</sup>.

Já em relação às emendas constitucionais que contrariam a interpretação do Supremo Tribunal Federal baseada em cláusulas pétreas, o Ministro Dias Toffoli sustentou que bem poderia ocorrer a revisão judicial<sup>403</sup>. Entretanto, não foi atribuída qualquer presunção de inconstitucionalidade à emenda constitucional; pelo contrário, o Ministro Toffoli condicionou eventual e posterior revisão judicial da emenda a um escrutínio mais rígido, em prestígio ao quórum legislativo qualificado empregado para a mudança formal da Constituição:

Tratando o presente caso de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição (...) exige-se um rigor argumentativo caracterizado pela demonstração de violação de cláusula pétrea da CF/88, a qual deverá ser interpretada de forma estrita, em deferência à opção de uma maioria legislativa qualificada<sup>404</sup>.

Ao tempo de redação desta monografia, ainda não é possível saber se os demais ministros do Supremo Tribunal concordarão ou se oporão a essa proposta mais deferente às emendas constitucionais que desafiam a interpretação anterior da Corte a respeito de cláusula pétrea.

De todo modo, assim como defendido em relação ao *backlash* via legislação ordinária, entendemos desejável que a emenda constitucional seja promulgada sem qualquer presunção de invalidade, pois não é como se a interpretação anterior da Suprema Corte fosse dotada de inerente racionalidade superior tornando presumivelmente inconstitucional qualquer ato normativo posterior advindo do Legislativo que a desafie.

---

<sup>401</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728...**, p. 16.

<sup>402</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.875...**, pp. 284-285.

<sup>403</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728...**, p. 16.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 17.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não cabe às cortes constitucionais a última palavra quanto à interpretação da constituição, uma vez que isso mina o autogoverno consubstanciado no critério majoritário, bem como encontra óbice na ausência de comprovação da racionalidade superior das cortes e na ausência de fundamentação histórica ou dogmática-normativa suficiente a justificar a supremacia judicial.

Nesse contexto, o diálogo entre instituições no exercício da interpretação constitucional se apresenta como possibilidade atrativa ao rejeitar a exclusividade das cortes na qualidade de intérpretes finais do texto constitucional. Entre os modelos possíveis de diálogo nesse sentido, situa-se a interação entre cortes e parlamentos quando estes contam com a possibilidade de reverter as decisões daquelas.

Essa forma específica de diálogo interinstitucional se enquadra no conceito de *backlash* legislativo, o qual, além de contornar a eventual pretensão de última palavra judicial, fortalece a democracia, pois assegura a responsividade democrática da constituição quando mesmo aquelas pessoas cuja opinião restou vencida poderão continuar a reivindicar a interpretação constitucional com que se identificam, ao passo que engaja os cidadãos e as diferentes instituições, incluindo cortes constitucionais e parlamentos, em uma contínua troca deliberativa por argumentos cada vez mais convincentes<sup>405</sup>.

Nesse contexto, é positivo que o Supremo Tribunal Federal tenha superado a posição afirmada na ADI n. 2.797 no sentido de que o legislador não pode jamais reverter um precedente da Corte em matéria constitucional. Em observação aos processos posteriores àquele referido julgado, nota-se que a Corte inicialmente passou a concordar tacitamente com a possibilidade de reversão legislativa de seus precedentes sendo que, ao examinar a ADI n. 5.105, o Supremo buscou, mais enfaticamente, afirmar uma posição expressa sobre o *backlash* legislativo como possibilidade válida.

No entanto, a compreensão formulada no voto condutor da ADI n. 5.105, de autoria do Ministro Luiz Fux, apesar de afirmar a abertura do Supremo à possibilidade de reversão legislativa de seus precedentes, também limitou em parte o potencial do *backlash* de se contrapor à supremacia judicial e fortalecer a democracia deliberativa.

Isso, porque estabeleceu o Ministro Fux que, se a reversão legislativa ocorrer via lei ordinária, esta nasceria com presunção de inconstitucionalidade<sup>406</sup>, o que tanto põe em dúvida

<sup>405</sup> POST, R. SIEGEL, R. *Roe Rage...*, pp. 388-391 e 403-406.

<sup>406</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...*, pp. 30-31.

a eficácia do novo ato normativo quanto promove parcialmente a prevalência das cortes para interpretar a constituição.

Também, continuou o Ministro Fux, a superação da adjudicação constitucional requer que o legislador apresente, para tanto, novos argumentos à discussão em vigor<sup>407</sup>. Assim, essa imposição rígida é limitadora de um potencial deliberativo mais amplo que o *backlash* poderia alcançar se, ao serem provocados a examinar a constitucionalidade da reversão legislativa, os juízes procedessem a uma reanálise objetiva ampla do quadro normativo, em vez de se limitarem a avaliar a apresentação de argumentos novos pelo legislador.

---

<sup>407</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105...**, pp. 30-31.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019.
- BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, pp. 1109-1180, 2006.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, pp. 71-95, 2014.
- BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of Politics**. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, pp. 175-220, maio/ago. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14-4**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Célio Borja, Brasília, 1989.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 168.149**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 1995a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 170.162**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 1995b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sydney Sanches, Brasília, 2001.
- BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 6.295/2002**. Altera a redação do art. 84, do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Diário da Câmara dos Deputados de 05/04/2002: Brasília, 2002.
- BRASIL. **Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição n. 40/2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 142 e 149 da Constituição Federal, o art. 8º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados de 07/05/2003: Brasília, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 219.934**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 2004a.
- BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 4.671/2004**. Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art.

201 da Constituição Federal, definição de função de magistério. Diário da Câmara dos Deputados de 31/12/2004: Brasília, 2004b.

BRASIL. **Parecer da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n. 4.671/2004. Diário da Câmara dos Deputados de 16/09/2005: Brasília, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-2**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.875**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 2006b.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 580/2007**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Diário da Câmara dos Deputados de 10/04/2007: Brasília, 2007a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 90.107-7**. Primeira Turma. Relatoria: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2007b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.603**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Carlos Britto. Redator do acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Ayres Britto, Brasília, 2010a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2010c.

BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei Complementar n. 168/1993 (PLP n. 518/2009 em apenso). Diário da Câmara dos Deputados de 05/05/2010: Brasília, 2010d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554**. Segunda Turma. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2011a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Carlos Brito, Brasília, 2011b.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 164/2012**. Dá nova redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal. Diário da Câmara dos Deputados de 03/05/2012: Brasília, 2012a.

BRASIL. **Justificação do Projeto de Lei n. 4.470/2012**. Altera as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. Diário da Câmara dos Deputados de 10/10/2012: Brasília, 2012b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29 e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2012c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.795 (julgamento conjunto)**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2016b.

BRASIL. **Justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016**. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, para permitir a realização das manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro que não atentem contra o bem-estar animal. Diário do Senado Federal de 20/10/2016: Brasília, 2016c.

BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senador Federal**. Proposta de Emenda à Constituição n. 50/2016. Diário do Senado Federal de 1º/12/2016: Brasília, 2016d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 2017a.

BRASIL. **Parecer da Comissão Especial na Câmara dos Deputados**. Proposta de Emenda à Constituição n. 304/2017. Diário da Câmara dos Deputados de 28/04/2017: Brasília, 2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.877**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio, Redatora do Acórdão: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.579**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2020b.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2023**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Diário do Senado Federal de 16/09/2023: Brasília, 2023a.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.116.485**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux, Brasília, 2023b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659**. Tribunal Pleno. Relatoria: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 2024a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.728**. Voto do Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2024b.

BRASIL. **Relatório de atividades de 2024**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.904/2024**. Acresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. Ainda não consta publicação no Diário da Câmara dos Deputados.

BURGOS, M.B.; SALLES, P.M.; VIANNA, L.W. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**. São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, 2007.

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, v. 64, n. 2, pp. 61-88, maio/ago. 2019.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, pp. 257-337, 2005.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, pp. 209-237, 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 251, pp. 139-178, maio/ago. 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008a.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. São Paulo: Ed. Elsevier, 2008b.

POST, Robert. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Harvard Law Review**, v. 117(1), pp. 4-112, 2003.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **California Law Review**, v. 92, pp. 1027-1044, 2004.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe* Rage Democratic Constitutionalism and Backlash. **Faculty Scholarship Series**, v. 169, pp. 373-433, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 250, pp. 197-227, jan. 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito FGV**. São Paulo, v. 4, n. 2, pp. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy**, v. 6, pp. 335-355, 1998.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406, 2006.

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, pp. 109-138, jan./mar. 2013.