

# ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN  
2317-918X

V. 10, N. 1  
JAN/JUN 2023

QUALIS  
B2

# SUPERAÇÃO LEGISLATIVA, ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE PODERES NO BRASIL

---

**Samille Lima Alves**

Advogada. Especialista em direito civil. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

**Cleber de Deus Pereira da Silva**

Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero-Amerikanisches Institut em Berlin - Germany. Doutor em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Mestrado pela mesma instituição. Professor Associado III da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE) vinculado ao Programa de Mestrado em Ciência Política/UFPI.

**Deborah Dettmam Matos**

Doutora em Direito. Professora adjunta de Direito da Universidade Federal do Piauí e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Coordenadora do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais e Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPI.

---

**Resumo:** No presente trabalho buscou-se compreender a existência de diálogo institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, a partir dos diferentes conceitos de diálogo e da análise de superação legislativa feita por Rodrigo Brandão a partir de dez julgados do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental no banco de dados da corte brasileira. Para Brandão, o modelo brasileiro confirma as credenciais das teorias do diálogo, que a interação legislativo-judiciário produz soluções melhores sobre o sentido da constituição e que a corte é deferente ao legislativo. Os casos pesquisados por Brandão consistem em diálogo institucional para a maioria dos autores que defendem conceitos diferentes de diálogo, com exceção de Mark Tushnet. No entanto, uma amostra de dez casos caracteriza a atuação da corte naqueles casos específicos, mas não é capaz de sustentar a afirmação de que a corte brasileira é, como regra, deferente em relação ao legislativo ou mesmo que essas interações confirmam credenciais das teorias do diálogo no Brasil. É preciso levar em conta a complexidade do processo de superação legislativa no Brasil, pois envolve uma corte com poder de controlar a constitucionalidade das emendas e o argumento de presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias contrárias aos julgados do Supremo.

**Palavras-chave:** Superação legislativa. Última palavra. Teorias do diálogo institucional.

*Aprovado em maio de 2023.*

---

## 1 INTRODUÇÃO

O diálogo entre poderes teria o condão de superar a dificuldade contramajoritária e legitimar a atuação do poder judiciário no controle de constitucionalidade dos atos legislativos? Para os defensores das teorias do diálogo, a resposta é positiva. Tais teorias visam a superar a dicotomia entre supremacia judicial e supremacia legislativa ao considerar que uma atuação conjunta e dialógica entre poderes, no intuito de lidar com os desacordos em questões importantes sobre o sentido da Constituição, poderia superar o problema da anulação de atos legislativos pelo judiciário, além de destacar o papel do legislativo como intérprete da constituição (HOGG E BUSHHELL, 2014; GARDBAUM, 2017, p. 222; BATEUP, 2006, p. 15-18).

A possibilidade de diálogo institucional é influenciada pelo modelo de revisão judicial<sup>1</sup> adotado, se fraco ou forte. Segundo Tushnet (2003, p. 2784-5), na revisão judicial fraca, a decisão da corte não tem poder de anular atos dos outros poderes ou vinculá-los à interpretação judicial como ocorre nos modelos de revisão judicial forte. Isso significa que a última palavra sobre o sentido da constituição é do judiciário? Não necessariamente. Mendes (2008, p. 168) considera que a última palavra como situação provisória. Clève e Lorenzetto (2015, p. 200), assim como Barbosa e Lima (2018, p. 119), entendem que o legislativo brasileiro pode superar as decisões judiciais pela aprovação de emendas à constituição, leis ordinárias e complementares, uma vez que as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF) não vinculam o parlamento, conforme §2º do art. 102 da Constituição de 1988. É o que Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 212) denomina superação legislativa.

Caso a corte declare a inconstitucionalidade de lei, as razões da decisão poderão ser analisadas pelo legislativo, que poderá aceitar e adaptar a nova lei ao entendimento judicial, ou rejeitar e aprovar lei em sentido contrário ao entendimento judicial. É nesse processo de argumentação de cada poder que o diálogo ocorre, segundo os defensores dessas teorias. Detém provisoriamente a última palavra o poder que se manifestou por último. Isso é um dos tipos de diálogo existentes nas teorias. Contudo, não há consenso entre os estudiosos sobre o que se considera diálogo entre poderes. Pode ser a concordância legislativa com a decisão judicial, a discussão na sociedade após a decisão ou a superação dos argumentos da corte pelo legislativo (BARBOSA E LIMA, 2018, p. 126; HOGG E BUSHHELL, 2014, p. 46; FRIEDMAN, 1993, p. 255-256).

---

<sup>1</sup> O sentido revisão judicial adotado no artigo é que é usado como sinônimo das expressões “*judicial review*”, “jurisdição constitucional”, “controle judicial de constitucionalidade”, “revisão constitucional” e “revisão judicial”.

Para os críticos, como Tushnet (2014, p. 113), só haverá diálogo se o judiciário aceitar as razões do legislador e mantiver a lei com a redação original. Defendem também a adoção de mecanismo que impeça o controle judicial, como a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) do modelo canadense. Enquanto Gargarella (2014, p. 125) questiona a possibilidade de ocorrência de diálogo institucional na estrutura tradicional da separação de poderes e dos freios e contrapesos. Considera ainda que a mera oitiva da sociedade não torna os poderes dialógicos. A própria Constituição limita ou impede a discussão sobre determinadas matérias (como as cláusulas pétreas) e o legislativo nem sempre se disporá politicamente a contrariar o entendimento judicial. São situações que prejudicam o diálogo institucional, e compõem o cerne da crítica à revisão judicial feita por Waldron (2014). Considerando as peculiaridades do constitucionalismo brasileiro, o presente trabalho buscou compreender se há ou não diálogo entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, a partir dos conceitos de diálogo adotados por cinco autores diferentes, também da análise de julgados da suprema corte brasileira que foram superados por emendas constitucionais e leis ordinárias pelo legislativo feita por Brandão (2022). Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico o trabalho de Brandão (2022), bem como pesquisa documental no banco de dados Corte aberta, do Supremo Tribunal Federal, para verificar a quantidade de ações constitucionais em andamento por tipo de norma jurídica analisada (emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, entre outras). No primeiro item, buscou-se a compreensão do que significa dificuldade contramajoritária do judiciário e os diferentes conceitos de diálogo institucional. No segundo item, definiu-se superação legislativa e se analisou o cenário brasileiro, a partir da análise de Brandão (2022), de acordo com os diferentes conceitos de diálogo, com o fito de compreender se há ou não diálogo institucional.

## 2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO E A ALTERNATIVA DAS TEORIAS DO DIÁLOGO: CONCEITO DE DIÁLOGO E A POSIÇÃO DOS CRÍTICOS

O termo dificuldade contramajoritária, cunhado por Alexander Bickel (1963, p. 16-17), significa que o controle judicial dos atos dos poderes democraticamente eleitos, feito em nome do “povo”, frustra na realidade os interesses dos representantes do povo real, atuando contra os interesses da maioria, o que faz com que a revisão judicial seja antidemocrática. Para Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 127), essa dificuldade “reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que

elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação”, resultando em juízes com “poder constituinte permanente”, que moldam a constituição segundo entendimento e valores próprios. Em análise do modelo brasileiro, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 28-29) argumentam a existência de “dupla atuação contramajoritária” quando ministros do Supremo Tribunal Federal, de forma monocrática, impedem maiorias legislativas e até maiorias do próprio tribunal.

Os defensores da revisão judicial, como Dworkin, Rawls e Alexy, compreendem que a atuação do tribunal superior, seja como fórum de princípios, fórum de razões públicas ou como representantes argumentativos da sociedade, contribui para o debate público sobre questões essenciais, favorecendo a democracia ao invés de prejudicá-la. Os críticos como Bellamy e Waldron discordam. Paulino (2018, p. 21-23, 57-58) resume as principais críticas à revisão judicial, que versam principalmente sobre o problema de um pequeno grupo de juízes decidir sobre questões vitais que afetam a todos, consistindo na renúncia do autogoverno do povo em prol do judiciário. Quando a constituição não define expressamente qual poder decidirá definitivamente as controvérsias, o critério de solução vem da regra da maioria da decisão legislativa, não da decisão da minoria prestigiada pelo tribunal, que pode levar à anarquia ou ao despotismo. A comunidade só subsiste quando pode encontrar coletivamente as soluções para os problemas, não pela decisão de um tribunal sem capacidade técnica de decidir sobre todos os assuntos. A corte não pode sempre proteger direitos da minoria quando a maioria persiste no tempo. Além disso, a corte não está fora da política, tampouco é agente neutro como acreditam alguns.

As teorias do diálogo são alternativas para as teorias de supremacia judicial e supremacia legislativa. Visam suprir a lacuna da legitimidade judicial, superar ou atenuar a dificuldade contramajoritária. Por essas teorias, o sentido da constituição é construído em um debate permanente, característico da democracia, pois nenhum dos poderes detém de fato a última palavra. É o que defende Mendes (2008, p. 168-169) com a ideia da última palavra provisória, dos graus de provisoriedade de decisões, da inevitabilidade do diálogo a longo prazo, pelo reprocessamento das questões já decididas na sociedade. Para Brandão (2022, p. 363), as doutrinas de supremacia “tendem a anestesiar o potencial crítico e deliberativo da separação entre os poderes”, por não estimularem a interpretação constitucional fora do respectivo poder supremo. Na supremacia judicial, a superação legislativa depende de mudança de entendimento da Corte. Na supremacia legislativa, da edição de nova lei que não atente contra direitos das minorias. Brandão (2022, p. 363-364) entende que o modelo dialógico “articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais”, pois:

(i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer "poderes", intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. (...) (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos "poderes" contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.

Não há consenso sobre o conceito de diálogo. Há quem entenda que o diálogo acontece no do processo de interpretação, que é interativo e dinâmico, constituindo-se o tribunal em um espaço de debate dos desacordos sociais. É o caso de Friedman (1993, p. 255-256), que considera o processo de interpretação constitucional como diálogo pela interação que ocorre quando a corte decide sobre tema, instigando o debate pela sociedade, que pode discordar ou concordar com a decisão; pelas alterações que o transcurso do tempo promove no entendimento dos membros da Corte, também na composição do tribunal que acarretam, conseqüentemente, mudanças no entendimento de temas já decididos, como ocorreu recentemente com a revisão da decisão sobre direito ao aborto pela Suprema Corte americana, reconhecido em 1973 no caso *Roe vs Wade*. Dessa forma, reinterpreta-se a constituição em um processo infinito. Há os que entendem que o diálogo ocorre na resposta do legislativo a decisão judicial que anulou lei considerada inconstitucional. Nesse sentido, Hogg e Bushell (2014, p. 22-23) consideram como diálogo institucional a possibilidade de o legislativo rever decisões da corte, pois, a partir disso, efetiva-se o debate público de valores constitucionais e o legislativo pode elaborar resposta que respeite os valores identificados pela corte.

Para os defensores, existe diálogo mesmo em sistemas de revisão judicial forte. Os críticos discordam, pois entendem que haverá diálogo quando o judiciário acatar as razões do legislativo e não declarar a inconstitucionalidade de lei. Os modelos de revisão judicial fraca, por sua vez, protegem direitos substantivos e procedimentais sem incapacitarem as instituições democráticas, promovendo diálogo entre legislador e juízes constitucionais. Por isso, apresentam-se como terceira via entre supremacia judicial e supremacia legislativa. Esses modelos de constitucionalismo foram adotados no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido. Formam o que Gardbaum (2017) denominou de Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*). Dentre esses, o modelo canadense se destaca pela seção 33 da Carta de direito, que instituiu a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), que possibilita ao

legislativo proteger os próprios atos do controle judicial da Corte Suprema por determinado período de tempo.

O modelo canadense é criticado pelo raro uso da cláusula não obstante e também pela frequente conformação do posicionamento do legislativo ao entendimento da corte, configurando deferência e não diálogo, segundo Tushnet (2014). Hogg e Bushell (2014, p. 22), ao contrário, entendem que há diálogo entre Suprema corte e parlamento canadense e que a Carta de direitos pode atuar como “*un catalizador para un intercambio de dos vías entre el Poder Judicial y la Legislatura en materia de derechos humanos y libertades, pero rara vez alza una barrera absoluta para los deseos de las instituciones democráticas*”. Os autores analisaram 66 casos de anulação de lei pela Corte canadense por violação à Carta de direitos, com a busca das respectivas respostas do legislativo (chamadas “*secuelas legislativas*”). Consideraram como diálogo qualquer tipo de resposta legislativa à decisão judicial. Assim, constataram que em 80% dos casos houve resposta legislativa, produzida em regra em até dois anos. Para Hogg e Bushell (2014, p. 47-48), o diálogo é frequente, não se reflete apenas nos números, mas também na linguagem utilizada nas leis, e mesmo que o legislativo seja deferente ao entendimento da corte, excluir tal resposta do conceito de diálogo institucional pode implicar em uma noção limitada de diálogo. Os autores concluem:

En definitiva, si la voluntad democrática está ahí, el objetivo legislativo será alcanzado de todas formas, aunque con algunas garantías nuevas que protejan la libertad y los derechos individuales. La revisión judicial no es un “poder de veto sobre las políticas de la nación” (...), sino el comienzo de un diálogo acerca de cómo conciliar de la mejor manera los valores individualistas de la Carta con la realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad en su totalidad.

Sobre o significado de diálogo, Barbosa e Lima (2018, p. 119) se distanciam de Hogg e Bushell ao considerarem que a simples concordância com as razões judiciais não implica em diálogo institucional. Os autores afirmam que:

Aos parlamentares sempre será possível a aprovação de emendas constitucionais, ou mesmo a edição de leis ordinárias ou complementares, sobre temas já decididos pelo STF, desde que agregando novos fundamentos com vistas a superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Esse modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do órgão de cúpula do Poder judiciário. Diferentemente disso, deve ser visto como saudável manifestação dialogal da democracia representativa.

É necessário que o parlamento apresente na nova lei razões diferentes dos argumentos da corte, que, por sua vez, poderá reanalisar a constitucionalidade do produto da superação legislativa. É nesse processo que podem surgir melhores deliberações, segundo Mendes (2008, p. 214), visto que os poderes dialogam e debatem argumentos bons e ruins, detendo a última

palavra aquele que ditou o derradeiro pronunciamento. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 214) corrobora esse entendimento ao compreender o controle de constitucionalidade como um processo de diálogo sem fim, em um "sentido jurídico-formal", pois "o diálogo está sempre aberto a novos argumentos, seja por parte do legislador, seja por parte dos tribunais, seja por parte da sociedade civil".

Entretanto, ao considerar o modelo de revisão judicial brasileiro como ultra forte, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217-218) afirma que o diálogo fica prejudicado quando o "jogo de ação-reação" é limitado pelas cláusulas pétreas e pelo ônus político e deliberativo gerado pela declaração de inconstitucionalidade de lei. No primeiro caso, à corte cabe apenas declarar a inconstitucionalidade de lei que tenta modificar cláusula pétrea. Não há espaço para sugerir alterações em lei que fira expressamente uma cláusula desse tipo. No segundo caso, o legislativo pode responder a uma declaração de inconstitucionalidade aprovando nova lei com o teor similar à que foi declarada inconstitucional. Contudo, tal conduta gera elevado ônus político ao legislativo, que nem sempre estará disposto a enfrentar, qual seja, o de sustentar entendimento considerado inconstitucional. Além disso, a constituição de 1988 não prevê imunização de lei contra a análise judicial, como ocorre no Canadá.

Os críticos das teorias do diálogo questionam a possibilidade do judiciário atuar como mediador ou facilitador na produção de razões públicas. Suscitam a desigualdade entre os partícipes do processo decisório, que envolve a diferença de status social, a dificuldade de reversão das decisões, o tempo de espera até a mudança de posicionamento dos julgadores, a estrutura do processo de decisão das cortes que, ao final do processo, deterão sempre a decisão definitiva, independentemente da existência de diálogo. Tushnet (2014, p. 109), apesar de crítico, não afasta de pronto a ideia do diálogo entre poderes, pois considera que "*es una posibilidad interesante e implica una modificación bastante significativa de la revisión judicial. En vez de dar a la revisión una forma fuerte, la debilita, y ese grado de debilitamiento dependerá de la forma precisa que tome*". Todavia, condiciona o sucesso da revisão judicial dialógica à necessidade de mecanismo que, como a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), permita ao legislativo insistir na própria interpretação constitucional, obrigue o judiciário a respeitar esse entendimento e o impeça de declarar a inconstitucionalidade da lei. Caso contrário, não é possível afastar a principal crítica às teorias do diálogo: a que considera que a dinâmica entre legislativo e judiciário não consiste em de diálogo, mas sim em supremacia judicial, em que há apenas um monólogo, marcado pela conformação do legislativo ao entendimento judicial por não poder sustentar o próprio entendimento sem o risco de controle judicial.



Para Gargarella (2014, p. 125), o funcionamento de um sistema de democracia deliberativa requer uma lógica diferente do que oferece o sistema tradicional de freios e contrapesos, pois enquanto esse sistema "*se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales*". O autor argumenta que o modelo de constitucionalismo dos países latino-americanos se caracteriza pelo desequilíbrio na balança dos poderes e que é difícil chamar de democrático um diálogo entre participantes em posições tão desiguais. Ainda que o judiciário ouça outros poderes, instituições e a sociedade civil em audiências públicas ou pela habilitação processual de *amicus curiae*, nada garante que influenciarão de fato na decisão judicial. A abertura de espaços para consulta dos órgãos políticos pelo judiciário é importante, segundo Gargarella (2014, p. 141). Porém, tais inovações esbarram na estrutura tradicional do sistema de freios e contrapesos e são engolidas. A utilização de ferramentas de diálogo não torna o judiciário dialógico, mas apenas sinaliza que as cortes utilizam essas ferramentas em certos casos. Levando tudo isso em conta, o próximo item tratará sobre superação legislativa e a existência de diálogo no modelo brasileiro.

### 3 SUPERAÇÃO LEGISLATIVA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EXISTE DIÁLOGO ENTRE CONGRESSO NACIONAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

No contexto brasileiro, os defensores das teorias do diálogo entendem que o papel de guardião concedido pela constituição não significa a detenção pelo judiciário da última palavra em matéria de direitos, tampouco que seja o único intérprete da constituição. Ainda que determinada lei seja declarada inconstitucional, existe a possibilidade de rediscussão da decisão judicial naquilo que se denominou superação legislativa (*legislative override*). A superação legislativa, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 212), consiste na "faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las". As emendas constitucionais, as leis ordinárias e as leis complementares são meios de superação legislativa. No julgamento da ADI 5.105, o ministro-relator Luiz Fux usou os termos "reversão jurisprudencial" e "correção jurisprudencial" para denominar o ato legislativo de corrigir decisões do Supremo, por emendas constitucionais ou leis ordinárias. Considerou como "práxis dialógica" que estimula o "ativismo congressional" desde que observados os "balizamentos constitucionais" (BRASIL, 2015, p. 4, 10).

O típico método de superação legislativa é a aprovação de emenda constitucional, segundo Brandão (2022, p. 364-365). Esse autor cita dez casos nos quais o entendimento do Supremo foi superado pelo Congresso Nacional por emendas constitucionais e por leis ordinárias. Afirma que os casos evidenciaram a deferência da corte em relação à reversão ou superação legislativa, uma vez que as normas superadoras foram mantidas mesmo contrariando entendimento da corte brasileira. O autor questiona se a superação das decisões do Supremo confirma “as credenciais normativas” das teorias do diálogo no Brasil. Considera que o modelo dialógico tem a vantagem de “ênfatisar os mecanismos de controle recíproco entre os ‘poderes’, sujeitar o exercício das funções típicas por um ‘poder’ a permanente controle pelos outros”, uma vez que nenhum dos atores principais das supremacias legislativa e judicial produz a melhor interpretação ou tem “melhor capacidade institucional sobre determinada matéria”. Entende que os poderes fiscalizam de forma mútua e permanente um ao outro, o que evita “posturas idiossincráticas” típicas de modelos de supremacia e tem potencial de promover soluções melhores aos problemas constitucionais. Como exemplo, Brandão cita quatro casos nos quais um poder melhorou o entendimento do outro em determinados casos. Reconhece a existência de casos sem melhoras das decisões, mas conclui que “a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais” e que a interação Supremo-Congresso contribui para soluções melhores sobre o sentido da constituição (BRANDÃO, 2022, p. 374-375, 378-379). Na ADI 5.105, o ministro Luiz Fux citou os casos de superação da EC 52/2006, reanalisada na ADI 3.685, a Lei federal nº 11.301/2006, reanalisada na ADI 3.772 e a Lei Complementar nº 135/2010, reanalisada na ADPF 144 (BRASIL, 2015).

Brandão (2022, p. 384-387, 389) entende ser possível a superação de decisão judicial por lei ordinária, embora haja críticas por violação da separação de poderes e empoderamento do legislativo por conta disso. Todavia, a restrição da superação legislativa a emendas constitucionais evidenciaria um sistema de supremacia judicial em sentido formal. Leis ordinárias foram aprovadas com conteúdo contrário a julgados do Supremo desde a redemocratização. A reação da corte variou entre a aceitação (ex: ADI 3772) e a completa rejeição (ex: ADI 2.797). No julgamento da ADI 2.797, a maioria dos ministros do Supremo, seguindo entendimento do relator Sepúlveda Pertence, sustentou a impossibilidade de superação legislativa por lei ordinária. Assim, a Lei nº 10.628/2002 foi anulada por vício de inconstitucionalidade material e formal. Tal julgado alçou a jurisprudência da corte ao status de norma constitucional, pois só poderia ser superada por emenda. Esse entendimento não foi sustentado pelo em julgados posteriores.

Porém, há o entendimento de presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias que contrariem expressamente a jurisprudência do Supremo, como defendido pelo ministro Luiz Fux na ADI 5.105.

Brandão (2022, p. 386, 389) entende que a superação legislativa promove comunicação entre Congresso, que sinaliza as preferências do povo, e o Supremo Tribunal, evitando-se que “o sentido futuro da Constituição fique refém de interpretações judiciais tidas como inaceitáveis pela opinião pública e pelos demais ‘poderes’”. Evita também um “engessamento da jurisprudência do STF”, que pode mudar de opinião diante de novo ato legislativo sobre matéria já analisada. No entanto, existem diferenças significativas entre as duas formas de superação legislativa. Na emenda constitucional, muda-se a constituição e a interpretação final. Nas leis ordinárias, exigem-se razões novas que “convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional”, pois tais leis nascem com “presunção relativa de inconstitucionalidade”, mas se o Supremo for convencido pelo legislador haverá a alteração do sentido da constituição por meio de lei ordinária. Ou seja, haverá mutação constitucional.

Por mais que Brandão (2022) ressalte que existem decisões e leis que não superam os argumentos dos outros poderes, a análise de dez casos de superação legislativa por emendas constitucionais e leis ordinárias não permite a conclusão de que haja diálogo como regra entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal no modelo brasileiro. De acordo com dados do sistema “Corte aberta”, do Supremo Tribunal Federal, foram protocolados nesse tribunal 1510 processos que discutem a constitucionalidade de leis, normas jurídicas em geral e atos dos outros poderes, ajuizados entre 1990 e dezembro de 2022. Dos quais, 1162 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), 27 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), 19 ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e 302 arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Destes, 46 emendas à constituição, 319 leis ordinárias e 61 leis complementares federais estão sendo julgadas pelo Supremo, conforme demonstrado na Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 – Ações constitucionais protocoladas no Supremo tribunal Federal de 1990 a dezembro de 2022 por tipo de ação e de legislação julgada.

Classe das ações	Tipo de legislação julgada
------------------	----------------------------

ADI	ADO	ADC	ADPF	Total	Constituição e leis estaduais	Lei federal e Códigos	Lei federal complementar	Emenda à constituição	Constituição federal e ADCTs	Atos e normas diversas*	Total
1162	27	19	302	1510	699	319	61	46	20	365	1510

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal, com dados disponíveis em dezembro de 2022. \*Em Atos e normas diversas estão contidos: decretos, medidas provisórias, atos de omissão dos poderes, resoluções, instruções normativas, convênios, provimentos, súmulas judiciais e outros.

Dentre as 46 emendas, em 20 ainda não há qualquer decisão referente à constitucionalidade (seja liminar, decisão monocrática do relator ou decisão do plenário)<sup>1</sup>. Nas demais, o Supremo declarou a inconstitucionalidade (formal, material ou por omissão) de cinco emendas, afastando liminarmente a eficácia de três dessas emendas, aplicou a interpretação conforme a constituição na ADI 5679, em vez de declarar a inconstitucionalidade da EC 94/2015, declarou a constitucionalidade de quatro emendas e indeferiu cinco ações sem julgar o mérito. Em 11 emendas, houve divergência entre ministros acerca da inconstitucionalidade e os casos estão pendentes de novo julgamento, conforme demonstrado na Tabela 2 abaixo:

**Tabela 2 – Decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento de 46 emendas constitucionais em processos em andamento protocolados entre 1990 e dezembro de 2022.**

Classe	Com decisão (exceto final)	Com Decisão Final	Afastamento de eficácia da EC*	Inconstitucionalidade formal	Inconstitucionalidade material	Inconstitucionalidade por omissão	Constitucionalidade da emenda	Divergência entre ministros (pendente de novo julgamento)	Interpretação conforme a constituição	Total
ADI 2135	1		1	1						
ADI 2362	1		1		1					
ADI 3998	1									
ADI 4357		1			1					
ADI 4802	1									
ADI 4803	1									
ADI 4885	1						1			
ADI 5017	1		1		1					
ADO 27		1				1				
ADI 5595		1					1			
ADI 5679	1								1	
ADI 6254	1							1		

<sup>1</sup> São as seguintes ações: ADI 3308, ADI 3363, ADI 3493, ADI 5680, ADI 5715, ADI 5728, ADI 5772, ADI 5875, ADI 5985, ADI 6250, ADI 6257, ADI 6309, ADI 6731, ADI 6752, ADI 6804, ADI 6805, ADPF 831, ADI 7047, ADI 7051 e ADI 7064.

ADI 6255	1										1
ADI 6256	1										1
ADI 6258	1										1
ADI 6271	1										1
ADI 6279	1										1
ADI 6289	1										1
ADI 6336	1										1
ADI 6361	1										1
ADI 6384	1										1
ADI 6385	1										1
ADI 6916	1									1	
ADI 7169		1									
ADI 7212	1									1	
ADI 7213	1										
Total	22	4	3	1	3	1	4	11	1		26

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal, com dados disponíveis em dezembro de 2022. \*A coluna Afastamento de eficácia da EC não é contabilizada, pois é apenas um dos efeitos das decisões que declararam a inconstitucionalidade da emenda constitucional.

O Ministro Barroso, relator da ADI 5679, cita em sua decisão monocrática que a EC 94/2015 é a terceira tentativa do Congresso Nacional de tratar sobre o pagamento dos precatórios, que as emendas anteriores foram consideradas inconstitucionais e que a referida emenda parecia ter se adequado ao entendimento do Supremo:

No caso em exame, cabe registrar, ainda, que esta é a terceira tentativa do Poder Constituinte Derivado de tratar da mora do Poder Público no pagamento dos precatórios. As duas tentativas anteriores – EC 30/2000 e EC 62/2009 – foram rejeitadas pelo STF. Ao que tudo indica, no entanto, a presente iniciativa procurou justamente atender às considerações tecidas por esta Corte quando do julgamento da questão de ordem das ADIs 4357 e 4425, em que se assinalou a necessidade de que os precatórios atrasados fossem quitados no prazo de cinco exercícios financeiros (prazo da modulação dos efeitos da decisão). Destaca-se, ainda, a situação de crise por que passa o país, o que torna improvável o pagamento de tais débitos sem o referido mecanismo (BRASIL, 2017, p. 10).

O “Corte aberta” fornece informações do número de decisões tomadas pelo Supremo desde pelo menos os anos 2000 em diferentes ações constitucionais (ADC, ADI, ADO, ADPF e recursos), o tipo da decisão (final, liminar, interlocutória, etc), se tomada pelo plenário ou monocraticamente, e o resultado da decisão (procedente, improcedente, deferida, indeferida, etc), mas não diferencia se a decisão recaiu em lei federal, estadual, emenda à constituição federal ou dos estados. Por esses dados, observou-se que o Supremo proferiu mais de 11 mil decisões em diferentes ações constitucionais (ADC, ADI, ADO, ADPF), dentre as quais foram concedidas total ou parcialmente 582 liminares, a maioria concedida monocraticamente, das quais 479 foram em ADIs; das 726 decisões finais de improcedência, 690 foram em ADIs e a maioria dessas decisões foram tomadas pelo plenário; das 2084 decisões de procedência, 1939 foram em ADIs e 2058

tomadas pelo plenário do Supremo. No total, o Supremo julgou principalmente ADIs (84,36%) e proferiu a maioria das decisões de forma monocrática (59,32%), como se observa na Tabela 3 abaixo:

**Tabela 3 – Decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal desde 2000 em processos já findados, por tipo de ação, forma de decisão e resultado da decisão.**

Resultado da decisão	Tipo de ação					Forma da decisão		
	ADC	ADI	ADO	ADPF	Total	Decisão Colegiada	Decisão Monocrática	Total
Apenas decisões finais improcedentes	2	690	3	31	726	725	1	726
Apenas decisões finais procedentes	20	1939	3	122	2084	2058	26	2084
Apenas liminares concedidas	7	479	2	94	582	284	298	582
Total (todos os tipos de decisões*)	125	9314	92	1509	11040	4491	6549	11040

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal. \*A linha Total (todos os tipos de decisões\*) engloba o somatório dos tipos de decisões (Decisão Final, Decisão Interlocutória, Decisão em recurso interno, Decisão Liminar e Decisão Sobrestamento) e os diferentes resultados além do que está na tabela, a saber: Outros (prejudicado, extinto, desistência, questão de ordem), Concedido, Provido, Recebido, Negado seguimento, Não conhecido, Recebido sem declaração de inconstitucionalidade, Resultado não informado, Decisão em recurso interno, Liminar de adoção de rito, Liminar indeferida, prejudicada, referendada pelo pleno e não referendada pelo pleno, Sobrestado, Decisão interlocutória deferida, indeferida e outros.

Levando em consideração tais números, Brandão e o ministro Luiz Fux precisariam de uma amostra maior que dez casos para afirmarem que o modelo brasileiro confirma as credenciais para as teorias do diálogo ou de que o Supremo é deferente às decisões legislativas. A partir da análise feita por Brandão e dos conceitos de diálogo apresentados anteriormente, as manifestações do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal podem representar ou não os diálogos institucionais. Na concepção de Barbosa e Lima (2018) e de Virgílio Afonso da Silva (2009), as emendas citadas por Brandão consistem em manifestações de diálogo, uma vez que superaram o entendimento da corte. Em contrapartida, a postura de deferência do legislativo não é considerada diálogo institucional na concepção destes autores. Mesmo se não houvesse superação legislativa, há diálogo para Friedman (1993), Hogg e Bushell (2014) apenas pelo fato de o legislativo analisar novamente tema debatido pela Suprema corte. Considerando o posicionamento de críticos como Tushnet, a deferência do Supremo à posição do legislativo pode ser considerada diálogo. Entretanto, a possibilidade latente de declaração de inconstitucionalidade da lei, sem que o legislativo tenha qualquer mecanismo de restrição da análise judicial, faz com que esse sistema seja de supremacia judicial e não de diálogo. Pode-se argumentar também que as emendas constitucionais seriam expressão da supremacia legislativa, uma vez que alterariam a constituição, forçando o Supremo a acatar o posicionamento do legislativo. Porém, na medida

em que o Supremo atribuiu a si a prerrogativa de efetivar controle de constitucionalidade prévio e posterior das emendas constitucionais, como ocorreu no julgamento da ADI 829-3, vê-se que o instrumento típico de superação legislativa também é controlável pelo judiciário.

Para Clève e Lorenzetto (2015, p. 199), as teorias do diálogo no Brasil possuem “caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos poderes como atribuições estanques”. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 219-221), por sua vez, defende alterações no processo de deliberação interna da Corte para que o diálogo seja promovido. Por exemplo, a maior interação entre ministros, de forma a decidirem mais enquanto instituição e não monocraticamente. consideram mesmo A atuação individual dos ministros brasileiros é considerada um problema à parte em relação à corte, que de tão poderosos, Arguelhes e Ribeiro (2018) denominam essa atuação como “ministrocracia”. A crítica de Gargarella (2014) é pertinente por considerar que a adoção de mecanismos de diálogo não significa necessariamente a existência de diálogo. Ainda que a revisão judicial não leve necessariamente à supremacia judicial, como entendem Waldron (2014) e Brandão (2022), o modelo de revisão judicial adotado impacta diretamente na existência de diálogo entre poderes. Tushnet (2008, p. 34-36) considera que diálogo em modelos de revisão judicial fraca produz respostas mais ágeis pelo legislador, logo, incentiva o diálogo. Essa resposta, se houver, é mais demorada nos sistemas de revisão judicial forte por conta da rigidez e da complexidade do processo de mudança da constituição, especialmente no modelo americano. Existe ainda a possibilidade que novas coalizões políticas alterem a composição da corte, e por conseguinte, alterem a forma de interpretação constitucional. Algo que não é incomum no judiciário latino-americano, como observado por Helmke e Rios-Figueroa (2011), além da influência da pressão social. Somente um estudo mais amplo, com uma amostra maior de julgados, de leis e emendas constitucionais, que leve em consideração tanto a situação na qual não ocorreu superação legislativa quanto a que houve resposta da corte a emenda constitucional ou a lei ordinária, seria possível afirmar categoricamente a existência ou de diálogo institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender nesse trabalho a existência de diálogo institucional entre o legislativo e o judiciário no constitucionalismo brasileiro, a partir dos diferentes conceitos de

diálogo, tendo por base a análise feita por Brandão (2022) de julgados do Supremo Tribunal Federal envolvendo superação legislativa por emendas à constituição e leis ordinárias aprovadas pelo Congresso Nacional. Primeiro, arguiu-se sobre dificuldade contramajoritária e a falta de consenso quanto ao conceito de diálogo. Existem autores que consideram impossível haver diálogo quando o legislativo é deferente às decisões judiciais que anulam leis, pois a interpretação que prevalecerá será a judicial. Para haver diálogo, o legislativo deve apresentar o próprio entendimento, superando os argumentos do judiciário. De forma contrária, há quem entenda que o conceito de diálogo não pode ser limitado por esse critério e que a concordância ou deferência do legislativo também é diálogo. Outros consideram como diálogo o processo de interpretação constitucional interativo, no qual as decisões da Corte abrem espaço para discussão da sociedade. A construção da interpretação constitucional deve ser feita em conjunto, seja com o aconselhamento do judiciário ou como uma forma de correção de erro judicial de interpretação. O conceito de diálogo segundo os críticos pode ser resumido em dois pontos: só há diálogo se a corte for deferente ao entendimento legislativo, deixando de declarar a inconstitucionalidade de lei, e que a adoção de mecanismos de oitiva da sociedade e de instituições civis não torna o processo judicial dialógico.

Depois, tratou-se de verificar se existe diálogo entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal a partir da análise feita por Brandão (2022) de julgados do Supremo que julgavam a constitucionalidade de emendas constitucionais e leis ordinárias que promoveram a superação legislativa de entendimento judicial. Brandão (2022) defendeu que as teorias do diálogo institucional apresentam a vantagem da proposição de controles recíprocos entre poderes, de forma que nenhum detém a última palavra sobre o sentido da constituição, evitando assim os problemas das teorias de supremacia judicial ou legislativa, uma vez que o sentido da constituição não é construído por um poder apenas, assim como a proposição de melhores soluções aos problemas constitucionais. Quanto à superação legislativa, afirma que o método típico é a proposição de emenda constitucional, mas que as leis ordinárias também podem ser usadas, desde que observados certos requisitos. A partir da análise de dez casos de superação por emendas constitucionais, sem desconsiderar a existência de decisões e leis que não superam entendimento do outro poder, Brandão (2022) afirmou que tais casos: a) confirmam as credenciais das teorias do diálogo no Brasil, b) demonstram que a interação Congresso-Supremo produz soluções melhores sobre o sentido da constituição e c) que o Supremo Tribunal Federal é deferente em relação ao Congresso Nacional. Seguindo os diferentes conceitos de diálogo apresentados no trabalho, constatou-se que os casos apresentados por Brandão consistem em



diálogo institucional para a maioria dos autores pesquisados, com a ressalva de Tushnet (2014), que defende a necessidade de deferência da corte desde o primeiro entendimento do legislativo.

No entanto, é necessário ressaltar que tal conclusão esbarra na quantidade de ADIs ajuizadas, sob análise ou já julgadas pelo Supremo desde 1990 até 2022. Uma amostra de dez casos demonstra a atuação do Supremo naqueles casos específicos, mas não é capaz de sustentar a afirmação de que o Supremo é, como regra, deferente em relação ao Congresso Nacional ou mesmo que essas interações confirmam credenciais das teorias do diálogo. Nesse contexto, a crítica de Tushnet (2014) é pertinente. Se o Supremo pode controlar a constitucionalidade das emendas, é mais difícil haver diálogo. Se a superação por lei ordinária é muito mais difícil, uma vez que já nasce com presunção de inconstitucionalidade, evidencia uma rigidez no processo de superação legislativa. O modelo brasileiro possui ferramentas que proporcionam o diálogo, ou ainda, existe um projeto de diálogo a ser consolidado, como reconheceram Clève e Lorenzetto (2015). Porém, como já alertou Gargarella (2014), a existência de mecanismos de diálogo não significa que os poderes sejam dialógicos. Alterações são necessárias, seja na estrutura do processo decisório da Corte, seja pela autocontenção da Corte no que toca o exercício do controle de constitucionalidade, seja pela regulação da atuação individual dos ministros, fortalecendo-se mais a atuação da instituição, como apontado por Virgílio Afonso da Silva (2009).

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan.–abr. 2018.

BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.5, n.1, p.109-128, jan./abr. 2018.

BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. **Brooklin Law Review**, v.71, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1963.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Requerente: Solidariedade. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. **Jurisprudência do STF**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.679. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 07 de junho de 2017.

**Jurisprudência do STF**. Brasília, 2017. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311977485&ext=.pdf>>. Acesso em: dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Corte aberta**. Brasília, DF, 2022. Disponível em:

<<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>>. Acesso em: dez. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol.2, n.3, setembro/dezembro, 2015.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v.91, 1993. p. 577-582.

GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul./dez. 2017

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 119-158.

HELMKE, Gretchen; RIO FIGUEROA, Julio. **Courts in latin america**. New York: Cambridge University Press, 2011.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 17-49.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008, 224f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Série Estudos do PPGD – UFMG).

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v.250, p.197-227, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº 02, 2013, p. 119-161

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Vol. 101, N. 8, p. 2781-2802, August 2003. Disponível em:

<<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>>. Acesso em: ago. 2022.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 105-116.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and Judicial Supremacy. **NYU School of Law**, Public Law Research Paper, nº. 14-57. 2014.