I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-088-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral "Constituição, Cidades e Crises". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 25 À LUZ DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION BY OMISSION N.º 25 IN THE LIGHT OF INSTITUTIONAL DIALOGUE.

Lucas Schwinden Dallamico [1]

Resumo

Constitucionalismo e democracia convivem em tensão decorrente da limitação à vontade popular. O Judiciário limita essa vontade invalidando decisões proferidas pelos outros Poderes. O diálogo institucional abranda essa tensão ao afirmar que a interpretação constitucional não é conferida a um único Poder. Objetiva-se aferir se o acórdão proferido na ADO n.º 25 fomenta o diálogo, o que é verdadeiro. O Legislativo foi instado a editar a lei prevista no artigo 91 do ADCT e o Judiciário estabeleceu a consequência para a inação ao determinar a atuação do Tribunal de Contas da União, fomentando o diálogo em atenção às capacidades institucionais.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Democracia, Capacidade institucional, Diálogo institucional, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25

Abstract/Resumen/Résumé

There is a tension surrounding constitutionalism and democracy due to the popular will limitation. The Judiciary constraints the popular will by invalidating decisions issued by other branches. The institutional dialogue eases this tension stating that constitutional interpretation is not assigned to a single branch. The intent is to assess whether the court ruling issued in ADO 25 fosters dialogue, which is true. The Legislative Power was asked to regulate the Article 91 of the ADCT and the Judiciary established a consequence for its inaction, determining the involvement of the National Council of Treasure, fostering dialogue in terms of institutional capacities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Democracy, Institutional capacity, Institutional dialogue, Direct unconstitutionality action by omission n.º 25

---

[1] Graduação em Direito - UFSC. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Procurador do Estado de Mato Grosso. Exerce a função de Subprocurador-Geral dos Tribunais Superiores. Advogado.

1. Introdução

A tensão entre constitucionalismo e democracia constitui um dos temas mais relevantes do constitucionalismo contemporâneo. Essa tensão decorre da limitação procedida pela constituição à vontade popular. Uma dessas limitações foi denominada de papel contramajoritário, consubstanciado na invalidação pelo Poder Judiciário de decisões proferidas pelos demais Poderes, cujos representantes são eleitos pelo povo.

Há diversas tentativas de conciliação dessa contraposição entre constitucionalismo e democracia, como a democracia substancial defendida por Luigi Ferrajoli e o constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel.

Por outro lado, as capacidades institucionais e o constitucionalismo popular criticam a expansão da atuação do Poder Judiciário como consequência da adoção da supremacia judicial. A teorização subjacente às capacidades institucionais critica o fato de que as teorias a respeito da interpretação constitucional baseiam-se em juízos abstratos e ideais a respeito da atuação do Poder Judiciário, sem considerar as capacidades institucionais de cada Poder e os efeitos dinâmicos decorrentes da sua atuação, sendo que a análise desses dois fatores pode conduzir a adoção de teorias do tipo *second-best,* as quais, embora não sejam as melhores no plano ideal, faticamente podem ser mais eficientes.

O constitucionalismo popular preconiza a ilegitimidade do Poder Judiciário para a realização do controle de constitucionalidade das leis, sendo que a concretização da Constituição incumbe ao povo e a seus representantes eleitos. Competiria ao Poder Judiciário atuar nos casos de democracias disfuncionais.

O diálogo institucional, assim, surge como outra tentativapara conciliar a tensão existente entre os Poderes Constituídos a respeito da interpretação da Constituição. Possui como principal característica a possibilidade de o Poder Legislativo rediscutir decisões tomadas pelo Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade e, eventualmente, de superá-las. Permite, desse modo, a construção do significado constitucional a partir do relacionamento entre os Poderes Judiciário e Legislativo, sem conferir a um desses Poderes o monopólio da interpretação constitucional.

Nessa senda, com base em tais premissas, objetiva-se analisar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 à luz do diálogo institucional. Essa ação possui como objeto a ausência de edição de Lei Complementar para regulamentar o artigo 91 do ADCT,

que determina a compensação pela União das perdas causadas aos Estados-membros e ao Distrito Federal em decorrência da ampla desoneração do ICMS incidente sobre as operações de exportação levada a efeito pela Emenda Constitucional n.º 42/2003.

O presente artigo, destarte, estrutura-se em cinco partes: a) análise da tensão entre constitucionalismo e democracia e das tentativas de conciliação; b) críticas ao modelo de supremacia judicial a partir da análise das capacidades institucionais e do constitucionalismo popular; c) análise do diálogo institucional; d) estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 à luz do diálogo institucional; e) conclusões.

2. A tensão entre constitucionalismo e democracia. O papel contramajoritário do Poder Judiciário. Tentativas de conciliação.

O constitucionalismo moderno surgiu como forma de superação do Estado Absolutista, pelo qual os monarcas não estavam sujeitos ao direito. Assenta-se em três pilares: a) limitação do poder dos governantes por meio da separação de poderes; b) garantia de direitos individuais oponíveis contra o Estado; e c) necessidade de legitimação do governo pela democracia representativa (NETO; SARMENTO, 2014, p. 72-74).

Nino (1997, p. 17-18) indica que o conceito de constitucionalismo que possui maior relevância teórica e prática não se limita à existência de regras limitativas do poder dos governantes. Deve abranger, pois, as seguintes características: a) constituição, não necessariamente materializada sob a forma escrita, que proceda à limitação do poder e exija processos mais rigorosos para a sua modificação; b) restrições formais à legislação infraconstitucional, como generalidade, precisão e não retroatividade; c) separação dos poderes, notadamente a independência do poder judiciário em relação ao poder legislativo; d) direitos individuais que não podem ser restringidos por nenhum órgão estatal; e) controle judicial de constitucionalidade; f) democracia e modelo democrático adotado para julgar a origem das instituições governamentais.

O constitucionalismo, assim, marcado pela limitação ao poder e pela possibilidade de aplicação cogente da Constituição, convive em constante tensão com a democracia, na medida em que possibilita o controle pelo Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, sobre decisões tomadas direta ou indiretamente pelo povo. Alexander Bickel, ao tratar dessa tensão entre constitucionalismo e democracia, entende que o Poder Judiciário exerce um papel

contramajoritário diante do caráter não democrático do controle judicial de constitucionalidade. Com efeito:

> The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system.
> (…)
> Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational-an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.
> (…)
> 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. (1986, p. 71-72)

Friedman (1998, p. 334-335) pontua de forma clara essa problemática ao expor que "(…) to the extent that democracy entails responsiveness to popular will, how to explain a branch of government whose members are unaccountable to the people, yet have the power to overturn popular decisions?.".

Sob essa perspectiva, depreende-se que a noção de poder contramajoritário parte da ideia de que o poder é exercido por órgãos carentes de legitimidade democrática e, mais, com aptidão para contrariar decisões tomadas por representantes eleitos. Na atuação do Poder Judiciário no controle judicial de constitucionalidade de atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo há um déficit de representatividade na medida em que os membros do Poder Judiciário não são eleitos diretamente pelo povo.

Há diversas correntes doutrinárias, no entanto, que procuram conciliar o papel exercido pelo Poder Judiciário, decorrente da adoção do princípio da Supremacia Judicial, com o princípio democrático. Realmente, há o reconhecimento do papel imprescindível do Poder Judiciário na concretização da democracia substancial, a qual não se satisfaz somente com o preenchimento dos requisitos formais (soberania popular e governo da maioria), na medida em que deve estar comprometida com a concretização dos direitos fundamentais e dos fins constitucionais almejados pelo Estado.

Nesse sentido é o ensinamento Ferrajoli (2009, p. 77), para quem o Poder Legislativo se encontra juridicamente limitado em relação à substância do produto de sua atuação,

notadamente em relação ao princípio da igualdade e aos direitos fundamentais. Já para Barroso (2012, p. 309), o Poder Judiciário, além de resguardar as regras do jogo democrático, deve proteger os valores e direitos fundamentais mesmo diante de maiorias circunstanciais.

Post e Siegel (2013, p. 61) também destacam o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. No entanto, entendem que o Poder Judiciário somente encontrará legitimidade em sua atuação acaso haja a possibilidade de intercâmbio com a população, incluindo as minorias estigmatizadas, e demais atores sociais. Essa interpretação pluralista da Constituição pode impulsionar a configuração de consenso popular a respeito de matérias anteriormente controvertidas ou mesmo gerar uma reação social adversa (*backlash)*. O que importa é a sensibilidade à opinião popular, sendo que a possibilidade permanente de configurar os significados constitucionais é que ajuda a explicar o motivo da fidelidade da população à Constituição. Segundo os autores:

> El constitucionalismo democrático reconoce el rol essencial de los derechos constitucionales judicialmente garantizados dentro de la estrutura política estadounidense. A diferencia de un enfoque jurídico centrado em los tribunales, el constitucionalismo democrático aprecia el rol essencial que el compromiso público desempeña al orientar y legitimar las instituiciones y práticas del control judicial de constitucionalidad. Las opiniones constitucionales basadas em la razon jurídica professional pueden adquirir legitimidade democrática sólo si la razón professional está arraigada em valores e ideales populares. (2013, p. 51):

Jaramillo (2013, p. 26), a respeito do constitucionalismo democrático, também leciona que não há possiblidade de a mudança constitucional ser imposta unilateralmente ao povo. O processo de modificação constitucional deve ser dialético entre o povo e os demais atores sociais, sendo que a atuação judicial muitas vezes impulsiona a sociedade a adotar determinado rumo.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, por outro lado, apontam seis parâmetros não exaustivos para calibrar o grau de ativismo do Poder Judiciário (NETO; SARMENTO, 2014, p. 462-465).

O primeiro aspecto a ser observado é o grau de legitimidade democrática do ato normativo. Assim, um ato normativo com maior participação democrática, aprovado por meio de plebiscito ou de referendo ou que tenha contado com relevante grau de consenso popular, deve ser observado com maior deferência pelo Poder Judiciário. O segundo aspecto respeita à necessidade de atuação do Poder Judiciário para assegurar as condições de funcionamento da

democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o acesso à informação. O terceiro aspecto guarda relação com a necessidade de proteção a minorias estigmatizadas. Nos casos em que o processo político majoritário não atenta para a necessidade de proteção dessas minorias, o Poder Judiciário deve atuar. O quarto aspecto concerne à relevância do direito fundamental em discussão. Normas que impactem tais direitos devem ser analisadas criteriosamente pelo Poder Judiciário, ao passo que normas afetas a vantagens corporativas e que veiculem direitos patrimoniais devem ser objeto de maior deferência. O quinto aspecto versa acerca da necessidade de comparação das capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo. Nos casos em que o Poder Judiciário não possui aptidão para tomar decisões em áreas que necessitem de conhecimentos técnicos especializados, recomenda-se uma postura de autocontenção. O sexto aspecto relaciona-se com o aspecto temporal de edição da norma. Nos casos de norma editada anteriormente à promulgação da Constituição, não há presunção de constitucionalidade na mesma medida em que as normas editadas posteriormente.

Há, portanto, diversas tentativas teóricas de conciliar a tensão imanente entre constitucionalismo e democracia. Referidas tentativas, a partir do próprio conceito de democracia, que não se limita à regra majoritária, ensejam a conclusão de que a questão subjacente à atuação do Poder Judiciário não está centrada, necessariamente, em sua legitimidade, mas na existência de parâmetros à sua atuação (NETO; SARMENTO, 2014, p. 39).

3. Críticas ao modelo da supremacia judicial. As capacidades institucionais. O constitucionalismo popular.

Não obstante a existência de diversos marcos teóricos que procuram explicar a tensão entre democracia e constitucionalismo, há diversas críticas à expansão da atuação do Poder Judiciário como corolário da adoção do conceito de Supremacia Judicial.

Uma crítica relativamente recente respeita às capacidades institucionais, a qual encontra sede no trabalho desenvolvido por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, intitulado *Interpretation and Institutions.* De acordo com os autores, as teorias sobre a interpretação do direito são centradas em um alto grau de abstração, notadamente por meio de argumentos centrados na democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p.885). No entanto, referidas teorias não conseguem resolver os desacordos acerca de qual método é o mais apropriado à interpretação do direito.

A resolução dessa problemática passa pela análise de duas questões, a primeira relacionada com as capacidades institucionais e a segunda com os efeitos dinâmicos de determinado método de interpretação (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886). A respeito das capacidades institucionais, os autores sustentam que a questão central não deveria ser a respeito de como os textos devem ser interpretados, mas acerca de quais instituições, com as suas respectivas habilidades e limitações, devem interpretar certos textos. Já os efeitos dinâmicos respeitam à necessidade de análises das consequências da adoção de determinada teoria para os atores públicos e privados. A adoção de determinada teoria deve levar em consideração os custos para juízes e a possibilidade de erro no seu manuseio, assim como eventual impacto nocivo para os usuários do sistema judicial, como o aumento na demora na prestação jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 29).

Com base nessas definições, os autores demonstram que, "At a minimum, we urge that an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p.888). As teorias de interpretação do direito, nessa senda, baseadas em um parâmetro ideal de atuação do Poder Judiciário (como o Juiz Hércules, de Dworkin), devem ser analisadas à luz das capacidades institucionaise dos efeitos sistêmicos para aferição de sua adequação.

A adoção da análise das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos, inclusive, pode conduzir à adoção da segunda melhor decisão (*second-best approach*), a qual "não é idealmente a melhor, mas que, sob certas condições concretas de aplicação, gera consequências melhores no geral." (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 35). Essa segunda melhor decisão decorre de uma análise empírica dos custos associados à aplicação de determinada teoria decisória. A partir dessa análise, pode-se adotar uma teoria que talvez não seja a melhor no plano ideal, mas que, no plano prático, permite o atingimento de melhores resultados (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 26).

Neto e Sarmento explicitam a adoção da segunda melhor teoria interpretativa como corolário das capacidades institucionais:

> Nesta perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parte da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseia numa visão mais realista sobre suas capacidades institucionais. Por exemplo, uma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romantizada do juiz pode produzir maus resultados quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização, em razão do risco elevado de que errem na sua aplicação. Pode ser

> preferível adotar uma teoria alternativa, que talvez não permita ao juiz excepcional mostrar todo o seu talento e sabedoria para chegar a um resultado ótimo, mas que minimize as chances de erros graves pelos juízes menos capazes. No cômputo geral, pode-se ganhar com isso. E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras e todos os demais intérpretes da Constituição. (2014, p. 435)

A teoria das capacidades institucionais, assim, procura estabelecer parâmetros para a atuação do Poder Judiciário ao sustentar que a sua atuação não pode ser pautada em juízos ideais e romantizados. De fato, a fim de se aferir se a sua atuação se mostra necessária, devem-se analisar, empiricamente, as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos da sua potencial atuação, o que poderá conduzir a uma atuação do tipo *second-best.*

Outra teoria que critica a atuação do Poder Judiciário é a denominada constitucionalismo popular, a qual encontra em Mark Tushnet, Jeremy Waldron e Larry Kramer seus principais defensores. Referida teoria baseia-se na ilegitimidade do Poder Judiciário para a realização do controle de constitucionalidade das leis, sendo que a concretização da Constituição incumbe ao povo e a seus representantes eleitos. Assim, questões políticas fundamentais devem ficar a cargo dos órgãos eleitos pelo povo.

De fato, o papel da população não se limita a atos ocasionais de elaboração da Constituição. Inclui participação ativa no controle sobre a sua interpretação e cumprimento (KRAMER, 2004, p. 959). Os cidadãos comuns, para Kramer (2005, p. 1.344), “are our most authoritative interpreters of the Constitution: that their views about the meaning of the Constitution, collectively expressed, reflect the highest authority when it comes to resolving disagreements about what the document permits, forbids, or requires.”.

O constitucionalismo popular, ainda, pode ser abordado sob duas perspectivas, uma normativa e uma descritiva (TUSHNET, 2013, p. 01). A abordagem normativa indica que as visões da população ordinária sobre o significado da Constituição deveriam, ao menos, ter um papel tão importante na construção do entendimento constitucional quanto o papel desempenhado pelas elites, especialmente os magistrados da Suprema Corte (TUSHNET, 2013, p. 01). Já a abordagem descritiva enfatiza o fato de que a as visões populares sobre o significado da Constituição desempenharam um grande papel no desenvolvimento constitucional da nação, as quais, mesmo diante de altos e baixos, sempre se mostraram presentes de alguma forma (TUSHNET, 2013, p. 01).

Essa teoria, no entanto, não demanda a realização de plebiscitos, referendos ou mesmo uma espécie de democracia plebiscitária, em que todas as decisões são consultadas diretamente ao povo. A imagem ideal é a de partidos políticos com plataformas sobre questões constitucionais que necessitam da aprovação popular. O constitucionalismo popular, portanto, parte da premissa de que o controle judicial de constitucionalidade das leis não se afigura democrático, sendo que o sentido da Constituição e a resolução de controvérsias sobre o seu conteúdo devem ser resolvidas no âmbito do Poder Legislativo.

No entanto, se os partidos políticos estão organizados somente com o objetivo de perseguir interesses pessoais, sem a necessária correspondência com a vontade popular, não se afigurará presente uma das condições para o constitucionalismo popular. De fato, para Tushnet (2016, p.12), "si los partidos son sólo mecanismos para la defensa de interesses personales o están organizados al rededor de personalidades en lugar de programas (que sólo existen como retórica), falta una de las condiciones importantes para el constitucionalismo popular.". Ainda de acordo com o autor, não haverá condições para o constitucionalismo popular se grupos à margem da sociedade não conseguirem participar da negociação política (TUSHNET, 2016, p. 12).

Waldron (2006, p. 1.406), ao seu turno, afirma que o *judicial review* afigura-se inapropriado nos casos de democracias razoáveis nas quais o desacordo gira em torno da definição de direitos. Já nos casos em que a democracia encontra-se disfuncional, o *judicial review* pode se justificar.

O constitucionalismo popular, assim, conquanto tenha o mérito de atentar para o fato de que o sentido da Constituição não é dado somente pelo Poder Judiciário, peca ao idealizar o processo político democrático como instância na qual todos os cidadãos possuem a mesma representação (NETO; SARMENTO, 2014, p. 230) Tanto é que Tushnet (2016, p. 11) abrandou suas críticas para entender pela possibilidade de um exercício de controle judicial de constitucionalidade moderado ou dialógico.

4. O diálogo institucional.

As teorias das capacidades institucionais e do constitucionalismo popular, conquanto critiquem a atuação exacerbada do Poder Judiciário, notadamente no controle de constitucionalidade das leis, não sustentam a impossibilidade completa de sua atuação.

De fato, a teoria das capacidades institucionais somente indica que a necessidade de atuação do Poder Judiciário deve ser aferida à luz de suas capacidades e dos efeitos dinâmicos que essa atuação pode causar aos atores públicos e privados envolvidos.

O constitucionalismo popular, inicialmente avesso à atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, entende que nos casos de democracias disfuncionais há necessidade de sua atuação, ainda que moderada.

O diálogo institucional, nessa senda, surge como outra tentativa para conciliar a tensão existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário a respeito da interpretação da Constituição. É conceituado como "the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights." (BATEUP, 2006, p. 1.109).

Possui, assim, como característica principal a possibilidade de o Poder Legislativo rediscutir decisões tomadas pelo Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade e, eventualmente, de superá-las (*legislative override)* (SILVA, 2009, p. 212).

Trata-se de teoria que objetiva afastar entendimentos extremos no sentido de que somente o Poder Legislativo, enquanto representante eleito pelo povo, ou somente o Poder Judiciário deteriam a última palavra sobre o sentido da Constituição. Abranda, assim, a tensão entre democracia e constitucionalismo, como bem leciona Gargarella:

> En particular, las soluciones dialógicas prometen terminar com las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas em las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o em el riesgo de que, al "imponer la última palabra", afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar em el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la "última palabra" y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente em el proceso de toma decisiones. (2014, p. 2.389)

Realmente, a partir de um efetivo diálogo entre os Poderes constituídos, chega-se à conclusão de que não há o detentor da última palavra. A cada rodada de diálogo um ator procede à interpretação da Constituição, o que não exclui a interpretação por um outro ator na próxima rodada.

O Canadá constitui exemplo marcante de positivação em seu ordenamento jurídico dos diálogos institucionais. Seu sistema jurídico, baseado na *common law* e na supremacia do Parlamento, não possuía, até 1982, fórmula de revisão judicial. Somente a partir da aprovação da Carta de Direitos e Liberdades previu-se a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (VICTOR, 2015, p. 189). O modelo construído primou pela possibilidade de diálogo entre a Corte Constitucional e o Parlamento por meio do disposto em suas cláusulas 1º e 33. A cláusula 1ª indica que a garantia dos direitos e liberdades nela estabelecidos, os quais se sujeitam somente a limites razoáveis prescritos por lei. Já a cláusula 33 prevê a denominada *notwithstanding clause* ou *override clause* (cláusula não obstante), que pode ser aposta pelo Parlamento em determinadas leis e implica a impossibilidade de sujeição a controle judicial de constitucionalidade pelo prazo de cinco anos, prorrogável pelas legislaturas posteriores, não obstante a sua incompatibilidade com direitos fundamentais previstos na própria Carta.

A sistemática adotada pelo Canadá, ao permitir a restrição de direitos fundamentais e a superação de decisões da Corte Constitucional pelo Parlamento, no entanto, sofreu diversas críticas (VICTOR, 2015, p. 193). Dentre elas, Tushnet (2008, p. 107) destaca que o alto custo político para o Parlamento proceder à superação das decisões da Corte Constitucional poderia representar um desejo oculto pelo sistema de controle de constitucionalidade forte, em que predomina a supremacia judicial.

Hogg e Bushel (1997, p. 105), no entanto, a partir de estudo empírico realizado entre os anos de 1982 a 1997, afirmam que a estrutura normativa adotada enseja o diálogo. De acordo com os autores, “the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response”, sendo que o “Judicial review is not ‘a veto over the politics of the nation,’ but rather the beginning of a dialogue (…)”.

No Brasil, conquanto não haja previsão semelhante à constante da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, há um potencial diálogo entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, notadamente a partir da Constituição de 1988.

Realmente, uma das manifestações mais comuns do Poder Legislativo a respeito de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade é a edição de emendas constitucionais. Nesses casos, há a própria modificação do parâmetro de controle utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, o que deve ensejar maior deferência pelo Tribunal, muito

embora haja possibilidade de controle da emenda à luz das cláusulas pétreas previstas na Constituição.

Um dos casos mais emblemáticos de diálogo por meio da edição de emenda constitucional respeita ao número de vereadores por município. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal estabeleceu quantitativo mínimo e máximo de vereadores por Município proporcionalmente ao número de habitantes, sendo que competiria às leis orgânicas a definição do quantitativo. As leis orgânicas municipais deixaram a cargo do Legislativo a fixação do número de vereadores, desde que obedecidos os limites constitucionais. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 276.546/SP, entendeu pela impossibilidade de delegação ao Legislativo da atribuição para fixação do número de vereadores. O Tribunal Superior Eleitoral, assim, elaborou Resolução na qual fixou critérios aritméticos para o exato cálculo do número de vereadores. Esse contexto ensejou forte reação do Congresso Nacional, que procedeu à aprovação da Emenda Constitucional n.º 58/2009, que suprimiu a regra da proporcionalidade e permitiu maior espaço de conformação aos municípios, mas, no entanto, procedeu à limitação do repasse de recursos orçamentários às câmaras municipais. Referida Emenda, inclusive, previu caráter retroativo para possibilitar a posse de vereadores eleitos em 2008. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, nos autos da ADI n.º 4.307, referendou medida cautelar que suspendeu a eficácia retroativa da Emenda n.º 58/2009.

A questão da superação de entendimento do Supremo Tribunal Federal por meio da edição de lei encontra maiores controvérsias. Com efeito, o Congresso Nacional, por meio da Lei n.º 10.628/2002, estabeleceu o foro por prerrogativa de função em relação a atos administrativos após o término do mandato, mesmo diante do cancelamento da súmula n.º 394 do Supremo Tribunal Federal. Essa Lei foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.797 (apensada à ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.860). O Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, julgou os pedidos deduzidos na ação procedentes. De acordo com o acórdão proferido, “Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.”.

Já na ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.772, o Supremo Tribunal foi deferente à superação de seu entendimento por meio de lei ordinária. Nesse caso, a Lei n.º

11.340/2006 determinou o cômputo do tempo de serviço desenvolvido em atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico para fins de aposentadoria especial do professor, o que não era admitido pelo Supremo Tribunal Federal, que chegou a editar o verbete sumular n.º 726. Os pedidos deduzidos na ação, no entanto, foram julgados parcialmente procedentes para fixar interpretação conforme a Constituição, em ordem a permitir a submissão ao regime especial de aposentadoria desde que as funções sejam desempenhadas em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.

O Supremo Tribunal Federal, diante desse contexto, não restringe a possibilidade de superação de seus precedentes pela edição de lei em sentido estrito, o que se afigura correto, já que as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade não vinculam o Poder Legislativo, como se depreende da regra inserta no artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

Nas hipóteses de omissão legislativa, ainda, o diálogo institucional no Brasil mostra-se profícuo. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal insta o Legislativo a deliberar sobre o tema omisso. Mesmo quando não há tal deliberação e o Supremo adota sentenças de perfil aditivo, a decisão judicial produzirá efeitos somente até a edição do ato normativo (VICTOR, 2015, p. 232). Casos emblemáticos nesse são o mandado de injunção n.º 708 e a ação direta de inconstitucionalidade n.º 875.

Nos casos expostos, independentemente do instrumento normativo utilizado pelo Poder Legislativo, depreende-se a existência de efetivo dialogo entre as instituições, sendo que a superação inicial do entendimento do Supremo Tribunal Federal não pode ser vista como indicativo de supremacia parlamentar, notadamente porquanto há a possibilidade de nova manifestação do Judiciário a respeito da constitucionalidade do produto da atuação legislativa. O diálogo, assim, permanece aberto. Brandão, a esse respeito, afirma:

> Todavia, a admissão da possibilidade de superação normativa de decisão de inconstitucionalidade da Suprema Corte não redunda, necessariamente, em um regime de supremacia parlamentar. Com efeito, se a Suprema Corte puder controlar a constitucionalidade da norma que reverteu a sua decisão pretérita, a "superação normativa" não representará a última palavra sobre a controvérsia constitucional. Ao contrário, poderá se estabelecer um diálogo constitucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada "poder" contribuirá com a sua específica capacidade institucional. (2012, p. 286)

A aplicação dos diálogos institucionais, nessa senda, encontra albergue no constitucionalismo brasileiro. E essa aplicação mostra-se salutar, na medida em que possibilita o controle entre os Poderes e permite a correção de equívocos hermenêuticos (NETO; SARMENTO, 2014, p. 237), em ordem a incrementar a força normativa da Constituição.

5. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 à luz do diálogo institucional.

A República Brasileira, conforme dispõe o artigo 1º da Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, organiza-se sob a forma federativa, A federação é uma forma de organização estatal marcada pela descentralização do poder político. No entanto, não há um conceito unívoco acerca da federação, na medida em que, obviamente, cada estado soberano imprime a essa forma de organização característica peculiares.

Realmente, de acordo com o magistério de Almeida (2010, p. 16), "(...) a maleabilidade característica do Estado Federal talvez seja uma de suas maiores virtudes, causa de sua aceitação à volta do mundo em países muito diferenciados entre si(...)". Não obstante a ausência de similitude integral entre os diversos modelos federativos, há algumas características que são próprias ao modelo federativo, sem os quais essa forma de organização não subsiste.

Dentre essas características sobrelevam a autonomia dos entes federados, a constituição como fundamento jurídico, a inexistência do direito de secessão, a repartição de competências e a repartição de rendas. A respeito da repartição de rendas, Almeida (2010, p. 16) afirma o seu caráter imprescindível para que "não desnature o federalismo, pela sujeição econômica do poder financeiro dos membros à União, com a concentração generalizada do poder financeiro no governo central em detrimento dos governos estaduais.".

Essa relação entre a federação e a repartição de receitas vem sendo tratada sob a denominação de federalismo fiscal, o qual "é o tema do direito financeiro de maior expressão na atualidade e que dominará a pauta política e jurídica dos próximos anos, a envolver a reforma do pacto federativo e o seu financiamento (...)." (TORRES 2014, p. 245).

Assim, a partir da forma de organização do poder político adotada, o constituinte originário estruturou um sistema tributário no qual outorgou a cada ente federado competências próprias para a instituição de tributos, notadamente impostos, ao lado do

mecanismo de repartição vinculada de receitas, em nítida aproximação com o federalismo de cooperação. Aos Estados-membros foram outorgadas a faculdade de instituição do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores e o imposto sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

No entanto, o próprio constituinte originário, ciente de que a carga tributária constitui elemento inibidor das exportações, criou imunidade referente ao ICMS relativo às exportações de produtos industrializados (artigo 155, §2º, inciso X, aliena "a", em sua redação originária). Os produtos semi-industrializados e *in natura*, assim, eram tributados, de acordo com a Lei Complementar n.º 65/91. Essa situação persistiu até a promulgação da Lei Complementar n.º 87/96 que, em seu artigo 3º, inciso II, procedeu à ampla desoneração do ICMS-exportação. A contrapartida de tal desoneração veio por meio dos artigos 31 e 32 da referida lei complementar, que estabeleceram mecanismos de manutenção dos créditos escriturais e de entrega de recursos financeiros aos Estados-membros e ao Distrito Federal.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 42/2003 estendeu a imunidade inicialmente conferida aos produtos industrializados para abarcar todas as operações que destinem mercadorias para o exterior e os serviços prestados a destinatários no exterior. Referida emenda, a fim de abrandar o impacto causado pela ampla desoneração do ICMS-exportação aos demais entes federados, acrescentou o artigo 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[1]. Referido artigo criou a obrigação de entrega, pela União, aos Estados e ao Distrito Federal, de montante a ser definido em lei complementar.

O Estado do Pará, nesse contexto, ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 com o objetivo de sanar o quadro de mora legislativa quanto à regulamentação do artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Suprema Corte

---

[1] Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
(...)
§ 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de de-zembro de 2002. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

reconheceu o quadro de anomia legislativa e julgou procedentes os pedidos deduzidos em ordem a impor ao Congresso Nacional a edição de lei complementar no prazo de doze meses. Em caso de não cumprimento, determinou que caberá ao Tribunal de Contas da União fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente e calcular o valor das cotas destinadas a cada Estado e ao Distrito Federal, com auxílio do Conselho Fazendário Nacional. O acórdão foi assim ementado:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5.Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, após tecer considerações sobre a legitimidade ativa do Governador do Estado do Pará e sobre o regime de partilha de receitas entre os entes federados previsto na Constituição, notadamente o incremento da instituição de contribuições pela União e a respectiva minoração dos valores partilhados com os demais entes federados, afirmou a modificação da natureza jurídica do regime de compensação à desoneração das exportações.

Destacou que o modelo de compensação era previsto pela Lei Kandir (Lei Complementar n.º 87/96, inclusive com a modificação levada a efeito pela Lei Complementar n.º 102/2000) e previa a necessidade de ressarcimento em montante correspondente ao ICMS não arrecadados em decorrência da desoneração das exportações. Pontuou que a referida regra, no entanto, foi modificada pela Lei Complementar n.º 115/2002, pela qual o valor a ser adimplido pela União deixou de ter correspondência com o montante do imposto não arrecadado e passou a ser negociado livremente entre os entes federados.

Afirmou, ainda, que, “O esforço de desoneração das exportações, em termos técnicos, ocorreu mediante alteração (leia-se: redução) dos limites da competência tributária

estadual.”. E justamente em decorrência dessa redução, assevera, é que houve a previsão constante do artigo 91 do ADCT. A partir dessas premissas, o Ministro Relator conclui pela configuração de omissão inconstitucional em decorrência da ausência de edição da lei complementar para disciplinar os critérios de ressarcimento aos Estados e ao Distrito Federal. Destaca que, mesmo diante da existência de projetos de lei em tramitação, encontra-se presente a *inertia deliberandi*, bem como que a realidade econômica e social não mais permite a aplicação da regra de transição prevista no §3º do artigo 91 do ADCT.

Posteriormente, o Ministro Relator trata da necessidade de conferir executividade às decisões que reconhecem a omissão inconstitucional. Procede à análise comparada de como a Espanha, a Alemanha e os Estados Unidos tratam a omissão inconstitucional, em ordem a conferir *enforcement* às suas decisões, bem como a respeito da forma como o Supremo Tribunal vem decidindo sobre a matéria, notadamente nas ações diretas de inconstitucionalidade n.º 4.357 e 4.425, na petição n.º 3.388, na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 347 e no recurso extraordinário n.º 641.320. Destaca que nesses casos vem sendo adotada a técnica do *complex enforcement*, pela qual “um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer.”.

Nessa senda, elabora solução que impõe ao Congresso o dever de legislar sobre a matéria no prazo de doze meses. Em caso de manutenção do silêncio legislativo, competirá ao Tribunal de Contas da União (TCU) a fixação do montante a ser repassado entre os Estados e o Distrito Federal, sendo que os critérios de divisão deverão ser definidos a partir de entendimento com o Conselho Fazendário Nacional (CONFAZ). De acordo com o voto condutor, o TCU e o CONFAZ teriam a expertise necessária para a definição do montante a ser repartido e dos critérios de repartição entre os Estados-membros e o Distrito Federal. Com efeito:

> Já quanto à repartição entre os diferentes entes federados – estados, Distrito Federal e inclusive os municípios, no que se refere à parcela prevista no § 1º do art. 91 do ADCT –, proponho que seja feita nas condições estabelecidas em entendimentos firmados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), de modo que a distribuição de recursos considere o ICMS desonerado nas exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados e os créditos de ICMS decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente.
> (...)

> Quanto ao TCU, penso que este é o órgão mais adequado para cumprir temporariamente essa incumbência, na hipótese de permanecer o Congresso Nacional em estado de omissão, após o prazo aqui designado.De fato, a mencionada atribuição não é de todo estranha ao órgão. O art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União o papel de efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM).

O voto elaborado pelo Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Divergiu o Ministro Marco Aurélio, que entendeu pela possibilidade de declaração da mora do Congresso Nacional sem, no entanto, fixar prazo para a solução da omissão, bem como o Ministro Teori Zavascki e a Ministra Carmén Lúcia, os quais indicaram a possibilidade de declaração da mora e de fixação de prazo para a sua solução, mas não concordaram com a possibilidade de o Tribunal de Contas da União fixar o montante devido aos Estados e ao Distrito Federal no caso de transcurso *in albis* do prazo conferido.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, concorda integralmente com a solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes. Assevera que a solução adotada é a correta para conferir efetividade à jurisdição constitucional em casos de omissão. Afirma que se deve, como melhor forma de diálogo institucional, abrir prazo para o Congresso Nacional atuar e, na mesma ocasião, já fixar a solução alternativa. De fato, pontua que se deve "(...) esclarecer que existe a mora, definir parâmetros - neste caso, a gente não precisa definir, porque já estão na Constituição - e prever a solução que se vai praticar se o Congresso persistir na inércia inconstitucional.". Destaca, ainda, que "(...) o papel do Supremo, em casos de omissão prolongada, é estabelecer um diálogo institucional.", bem como que a delegação da competência ao Tribunal de Contas da União seria correta em decorrência da sua capacidade institucional diferenciada para o tratamento da matéria. Arremata, finalmente, que "(...) nós ainda podemos rever a deliberação do Tribunal de Contas, se nos parecer inadequada, seja provocado pela própria parte ou por quem seja. Nós delegamos porque eu, de fato, penso que a capacidade institucional deles é melhor do que a nossa (...)".

A análise da ADO n.º 25, assim, permite a conclusão de que houve efetiva adoção do diálogo institucional para supressão da omissão considerada inconstitucional. O Poder Legislativo, a quem compete a edição da lei complementar prevista no artigo 91 do ADCT, foi instado a exercer a sua atribuição constitucional. No entanto, a consequência para eventual inação do Legislativo já foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a

parametrização dos critérios pelo Tribunal de Contas da União, com participação do Conselho Fazendário Nacional. E essa determinação ao Tribunal de Contas mostra-se extremamente relevante, na medida em que se colocaram outros órgãos no contexto do necessário diálogo, com atenção, ainda, às capacidades institucionais de cada um.

O Poder Judiciário, ciente de que não possuía informações suficientes para suprir eventual inação legislativa, delegou a outro órgão, tecnicamente mais capacitado, a fixação de critérios temporários até a atuação legislativa. Preservou, inclusive, a possibilidade de revisão dos critérios adotados pelo Tribunal de Contas da União. Nesse caso houve a aplicação de verdadeiro diálogo institucional, com especial atenção às capacidades institucionais de cada Poder e órgão participante.

6. Conclusão

O diálogo institucional preconiza que a interpretação constitucional não está sob o monopólio de um único Poder, o qual determinaria a última palavra sobre o significado da Constituição. Permite, assim, por meio de um intercâmbio entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, a minoração da tensão entre constitucionalismo e democracia, já que franqueia aos representantes eleitos a possibilidade de participação na construção da interpretação constitucional.

Um dos exemplos mais emblemático da adoção diálogo institucional é o Canadá, que positivou em sua Carta de Direitos e Liberdades a possibilidade de restrição legislativa de direitos e liberdades nela previstos, desde que tais limitações sejam razoáveis. Já a cláusula 33 prevê a denominada *notwithstanding clause* ou *override clause* (cláusula não obstante), que pode ser aposta pelo Parlamento em determinadas leis e implicam a impossibilidade de sujeição a controle judicial de constitucionalidade pelo prazo de cinco anos, prorrogável pelas legislaturas posteriores, não obstante a sua incompatibilidade com direitos fundamentais previstos na própria Carta.

No constitucionalismo brasileiro, verifica-se que o Poder Judiciário não se mostra avesso à superação legislativa dos seus precedentes, até porque o Poder Legislativo não está sujeito aos efeitos da declaração de (in) constitucionalidade, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não se furta ao exercício do controle de constitucionalidade sobre os atos normativos editados com o objetivo de superar as suas decisões. Nos casos de omissão inconstitucional, ainda, adota postura de instar o

Poder Legislativo a editar o ato normativo necessário e, nos casos de manutenção da anomia legislativa, as sentenças aditivas formuladas somente vigem até o exercício da atividade normativa.

Nesse contexto, nota-se que o acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 constitui perfeito exemplo de aplicação do diálogo institucional, com considerações, ainda, a respeito das capacidades institucionais.

Realmente, o Poder Legislativo, que deveria ter procedido à edição da lei complementar prevista no artigo 91 do ADCT, foi instado a exercer a sua atribuição constitucional. A consequência para eventual inação do Legislativo já foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a fixação dos critérios pelo Tribunal de Contas da União, com a participação do Conselho Fazendário Nacional. E essa determinação ao Tribunal de Contas afigurou-se adequada, na medida em que se colocaram outros órgãos no contexto do necessário diálogo, com atenção, ainda, às capacidades institucionais de cada um.

7. Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ARGUELHES, Diego Wernek; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Aheadofprint, Rio de Janeiro, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, v. 71, n. 3, 2006.

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. La teoria delderechoenel paradigma constitucional. 2. ed. Madrid: FundaciónColoquio Jurídico Europeo, 2009.

FRIEDMAN, Barry. The history of countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. New York University Law Review, v. 73, n. 2, 1998.

GARGARELLA, Roberto; ORTEGA, Roberto Niembro. Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas. Ciudad de México: UNAM, 2016.

GARGARELLA, Roberto (Org). Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2014.

KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism. California Law Review, v. 92, n. 4, 2004.

KRAMER, Larry D. Undercover Anti-Populism. Fordham Law Review, v. 73, n. 4, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Sieglo Veintiuno, 2013.

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, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian.Interpretation and Institutions.Michigan Law Review, Ann Arbor, v. 101, n. 4, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism and Political Organization. Roger Willians University Law Review, v. 18, n. 1, 2013.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights on comparative constitucional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. Saraiva: São Paulo, 2015.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, v. 115, n 6, 2006.