XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-843-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O XXX Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza-CE teve como tema central “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento”. O evento foi marcado pelo encontro de pesquisadores, coordenadores de programas de pós-graduação stricto sensu, professores, estudantes de pós-graduação e de graduação de todo o Brasil.

Os artigos apresentados no GT “Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II” tiveram como característica principal uma abordagem interdisciplinar, em que a ciência política serviu de instrumental teórico, juntamente com o instrumental teórico jurídico, para a compreensão da atuação da jurisdição constitucional brasileira em seus desafios contemporâneos.

O artigo “Ensino superior no contexto neoliberal: de direito constitucional a mercadoria” teve como objeto refletir sobre o ensino jurídico no contexto neoliberal, em que o papel do Estado tem diminuído na execução de políticas públicas estrategicamente relevantes como a educação. A análise trata da mercantilização e da privatização do ensino, redirecionando o sistema educacional para a atender as necessidades lucratividade do mercado.

O artigo “Direito à privacidade no Brasil e as dificuldades impostas pela deep web” se propõe estudar os desafios impostos à devida proteção do direito à privacidade na deep web, um ambiente não indexado da internet. Devido à ausência de supervisão, a inieficácia da Lei de proteção de Dados (LDPD) não tem tanta eficácia. O texto fundamenta as implicações jurídicas da falta de supervisão e as práticas de coletas de dados.

O artigo “Diálogos institucionais com o Superior Tribunal de Justiça: efeito backlash e leis in your face” utiliza o a doutrina dos diálogos institucionais como proposta metodológica para analisar as tensões entre uma democracia deliberativa e a jurisdição constitucional. Considerando a doutrina dos diálogos institucionais como uma solução viável a essa problemática, o texto contribui ainda apresentando a possibilidades de backlash e de leis in your face no Superior Tribunal de Justiça.

O artigo “Democracia participativa no Brasil e a (in)utilização dos mecanismos diretos pelos cidadãos” estuda a forma pela qual os mecanismos de participação são inutilizados no constitucionalismo brasileiro. Destacando o plebiscito, a iniciativa popular e o referendo, o

texto conclui que esses dispositivos acabam caindo no descaso e no desconhecimento da população, enfraquecendo o esforço constitucional de participação popular.

O artigo “Suprema função: passos e compassos do STF na consolidação dos direitos fundamentais” estuda o Supremo Tribunal Federal na sua função de garantido da princípios democráticos estabelecidos na constituição. O texto destaca que há uma evolução dessa função, mas que há pouca utilização do controle de convencionalidade e na atuação na vedação do retrocesso dos direitos já consolidados.

O artigo “O papel da doutrina dos precedentes para controle do ativismo judicial no STF em casos de judicialização da megapolítica” parte da questão da insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade dos precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Os precedentes, então, são vistos como uma forma de garantir a segurança jurídica. Os exemplos trazidos são os relacionados aos mandados de segurança nº 37760 MC/DF e nº 38217/DF.

O artigo “Constituição como árvore viva e o desenvolvimento do direito antidiscriminatório: o caso da criminalização do discurso de ódio no Brasil”, de forma inovadora, propõe debater o constitucionalismo vivo de Wil Waluchow de forma crítica e contextualizada ao contexto brasileiro. Partindo de um olhar que aprofunda a participação popular em precedentes judiciais, ele sugere compreender a criminalização do antisseminitsmo e da homotransfobia como uma proposta de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro.

O artigo “A separação de poderes e a atuação expansiva do Poder Judiciário” estuda a questão da expansão do Poder Judiciário dentro dos clássicos da teoria política. O texto destaca que a doutrina norte-americana introduz um novo olhar para o problema, haja vista que confere um papel jurídico-político às cortes. Essa expansão, explicada por novas doutrinas, fundamentam essa expansão por meio da técnica, da racionalidade e da argumentação jurídicas.

O artigo “Acessibilidade ao meio físico como direito fundamental e pessoas com deficiência” questiona se o ordenamento jurídico brasileiro garante o acesso ao meio físico às pessoas com deficiência como direito fundamental. Partindo de um estudo relacionado à dignidade humana e à evolução histórica dos direitos fundamentais, o texto conclui que o acesso ao meio físico é um direito garantido no ordenamento brasileiro.

O artigo “A descolonização jurídica da América Latina a partir do plurinacionalismo” estuda o plurinacionalismo dentro do Constitucionalismo Latino-americano como uma prática que rompe com a tradição liberal ao construir um espaço jurídico baseado na cultura de povos

marginalizados na região. Tudo isso, logo, é defendido como uma experiência jurídica descolonial do poder e da justiça.

O artigo “A dignidade da pessoa humana e o Supremo Tribunal Federal: uma análise da decisão na ADPF 976” estuda a violação de direitos de pessoas em situação de rua a partir da dignidade humana e da teoria do estado de coisas inconstitucional. A proposta do texto é aferir o nível de correção e de transformação da realidade na ADPF nº 976. A conclusão é que o caso guarda sentido com uma nova compreensão de normatividade.

O artigo “Inaplicabilidade do acordo de não persecução penal nos crimes raciais: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” estuda a decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela inaplicabilidade do acordo de não persecução penal em casos de incidência de crimes raciais. Defendendo a sua adequação constitucional, o texto sustenta sua tese por meio dos conceitos de dignidade humana e de cidadania racial.

O artigo “Presidência do STF e a construção da pauta do plenário: impactos na decisão de questões de megapolítica”, de forma inovadora, analisa o arranjo institucional do Supremo tribunal Federal e o poder que é conferido à instituição por meio dele. Nesse contexto, o poder decisão da pauta do plenário é inserida para explicar a judicialização da megapolítica. Tal poder, conferido ao presidente do STF, é estudado em seus mecanismos e em como sua utilização interfere na opinião pública brasileira.

O artigo “35 anos da constituição federal de 1988: do lobby do batom ao constitucionalismo feminista” estuda a participação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e, também, os reflexos dessa atuação atualmente. Reconhecendo a relevância dessa notícia histórica, o texto também conclui que é necessário continuar evoluindo, especialmente no que se refere aos direitos relacionados ao gênero e à superação da suposta neutralidade do sistema jurídico.

Finalizando o GT, o artigo “(Des)Cabimento das decisões monocráticas em ações diretas de inconstitucionalidade: análise da liminar que suspendeu trechos de decretos flexibilizadores de regras sobre armas de fogo” investiga a medida na qual o Supremo Tribunal Federal protegeu a liberdade ao abordar a regulação de armas de fogo por meio de decisões monocráticas. A conclusão foi que elas não contribuíram para a preservação do direito fundamental e relativizaram por meio de atuação moral e do desrespeito a textos legais.

Dessa forma, pelos temas abordados, é possível deduzir que os debates foram calorosos e que os textos dão subsídio para novos estudos a respeito dos temas abordados. A qualidade dos

argumentos trazidos demonstrou a concatenação do estudo da jurisprudência do STF com a doutrina política e jurídica a respeito da relação entre constituição, teoria constitucional e democracia.

Boa leitura a todos!

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior (Centro Universitário Christus). Email: tarcisiorg@gmail.com

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Dom Helder – Escola Superior). Email: lgribeirobh@gmail.com

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COM O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: EFEITO BACKLASH E LEIS IN YOUR FACE

INSTITUTIONAL DIALOGUES WITH THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE: BACKLASH EFFECT AND IN YOUR FACE LAWS

Graziela Akl Alvarenga [1]
Sara Assis Duca [2]
Sérgio Henriques Zandona Freitas [3]

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a teoria dos diálogos institucionais, bem como verificar a possibilidade de sua aplicação ser estendida ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O texto está dividido em introdução, desenvolvimento com três capítulos e as considerações finais, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, por meio do método dedutivo. Para o estudo da teoria dos diálogos institucionais são abordados o princípio da separação dos poderes, bem como a concepção normativa da Constituição, analisando-se a tensão entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional. Os diálogos institucionais são concebidos como soluções viáveis para a promoção do debate entre os membros da sociedade e os Poderes Estatais, na busca da garantia dos direitos fundamentais e do melhor sentido e alcance das normas constitucionais. O artigo apresenta o fenômeno backlash, inclusive as leis in your face, concluindo pela possibilidade de decorrerem de decisões em precedentes qualificados do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Diálogos institucionais, Separação dos poderes, Backlash, Leis in your face, Superior tribunal de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze the theory of institutional dialogues, as well as to verify the possibility of extending it to the scope of the Superior Court of Justice. The text is divided into introduction, development with three chapters and final considerations, having been used bibliographical, jurisprudential and legislative research through the deductive method. To study the theory of institutional dialogues, the principle of separation of powers is

[1] Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Faculdade Arnaldo.

[2] Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única de Ipatinga. Assessora Jurídica no Ministério Público de Minas Gerais.

[3] Pós-Doc Univ. Coimbra-Portugal e UNISINOS. Doutor e Mestre PUC Minas. Coordenador e Professor PPGD FUMEC. Editor Chefe Revista MERITUM. Coordenador Geral Fundador IMDP. Pesquisa ProPic 2022-2024 FUMEC. Assessor Judiciário TJMG.

approached, as well as the normative conception of the Constitution, analyzing the tension between deliberative democracy and constitutional jurisdiction. Institutional dialogues are conceived as viable solutions for promoting debate between members of society and State Powers, in the pursuit of guaranteeing fundamental rights and the best meaning and scope of constitutional norms. The article presents the phenomenon of backlash, including in-your-face laws, concluding that they may result from decisions in qualified precedents of the Superior Court of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutional dialogues, Separation of powers, Backlash, In your face laws, Brazilian superior court of justice

1 INTRODUÇÃO

As concepções de democracia deliberativa e de jurisdição constitucional estão enraizadas no ordenamento jurídico pátrio e trazem consigo a dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade.

O questionamento a respeito da legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade permanece atual, já que esse órgão judicial é composto por onze ministros, os quais não são eleitos pelo povo.

A teoria dos diálogos institucionais, também conhecida como diálogos constitucionais, tem se mostrado favorável à superação dessa problemática, na medida em que possibilita a construção conjunta da interpretação constitucional.

Assim, é possível conceber o controle de constitucionalidade como um instrumento de diálogo entre as instituições políticas com vistas a compatibilizar as liberdades individuais e os interesses coletivos[1].

A teoria dos diálogos institucionais, já reconhecida e aplicada pelo Legislativo e Judiciário no Brasil, pode ser exprimida mediante a ocorrência de dois fenômenos definidos pelo direito constitucional como *leis in your face* e efeito *backlash.*

O presente estudo busca trazer as premissas fáticas e jurídicas que envolvem a teoria constitucional dos diálogos institucionais, abordando as *leis in your face* e o efeito *backlash,* bem como analisar a possibilidade de abrangência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesses fenômenos.

Para tratar da temática, o presente estudo utiliza a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, por meio do método dedutivo.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

[1] Nesse sentido, Brandão aponta que a doutrina dos diálogos institucionais tem como premissa fundamental o fato de que é "a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira instransponível às instituições democráticas, mas como um instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e interesses da coletividade. Assim, se as maiorias legislativas podem reverter decisões constitucionais da Suprema Corte, o problema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade perde muito a força" (BRANDÃO, 2018, p. 336).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), em seu art. 2º, consagrou o princípio da separação dos poderes[2], elevando-o ao status de cláusula pétrea no rol do art. 60, §4º (BRASIL, 1988).

O princípio da separação de poderes, conforme leciona Canotilho (CANOTILHO, 2017, p. 244), apresenta dupla dimensão: a dimensão positiva e a dimensão negativa.

Para o autor, a dimensão positiva se traduz na ordenação e a organização dos poderes constituídos, sendo que a partir de uma especialização funcional, a cada um cabe o exercício de suas funções típicas e atípicas, nos limites estritos do texto constitucional. Já a dimensão negativa fixa os limites e controles dos Poderes em suas dinâmicas com os demais, exercendo-se o sistema dos freios e contrapesos.

Nesse contexto, cabe ao Poder Legislativo, tipicamente, a função de legislar e de fiscalizar. Por sua vez, compete ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, "que se traduz justamente na intepretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social" (FERNANDES, 2019, p. 1.393).

Assim, pelo princípio da separação dos poderes, é vedada a ingerência de um Poder sobre outro, impondo-se o respeito às funções típicas e atípicas de cada um.

A partir do segundo pós-guerra, foi reconhecida a normatividade da Constituição e sua função de estabelecer limites mínimos aos Poderes estatais, inclusive contra maioria legitimada, por meio dos direitos fundamentais, os quais passaram a ocupar papel central na ordem estatal.

Eduardo Garcia de Enterria explica que o reconhecimento da força normativa da Constituição implica a necessidade de estabelecer limites ao Poder Público, notadamente, por meio de direitos a uma vida privada sem interferência, direitos à dominação e instrumentação do poder e direitos a ações positivas do Estado para promoção da liberdade efetiva e da igualdade (ENTERRIA, 2001, p. 176).

[2] No presente trabalho utiliza-se o termo "separação de poderes" para fins da concretização da linha de raciocínio sobre o tema-problema, mas não se desconhece que doutrina especializada na área, como exemplo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), utiliza a expressão "separação de funções". Nesse sentido: "[...] não há discrepância de vulto entre os publicitas, os quais, tomando como ponto de partida a doutrina de Montesquieu, desenvolveram suas concepções teóricas por caminhos diferenciados, mas, ao final, chegando às mesmas conclusões, preferindo consagrar a expressão funções fundamentais do Estado, em substituição às locuções Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, pois assentadas na ideia tecnicamente incorreta e superada da tripartição do poder estatal, atribuindo ao Estado vários poderes. Em face dessas ideias, também acatamos a doutrina da existência de um poder único do Estado, que se espraia sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa e a jurisdicional. [...]" (DIAS, 2004, p. 70).

A Constituição tem, como qualquer lei, validade e eficácia de normas jurídicas, de modo que a força normativa da Constituição se traduz na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos (CANOTILHO, 2001, p. XVI).

Carlos Blanco defende a ideia de Constituição Normativa, a qual conforma uma realidade prescritiva, dominando suas regras e processo político. O autor considera inseparável da Constituição Material, um conjunto de institutos jurídicos capazes de assegurar sua normatividade (MORAIS, 2006, p. 14).

Ainda, foi amplamente difundida a concepção de que nos sistemas de Constituição rígida, os direitos subjetivos têm capacidade de resistência, por uma proteção absolutamente especial, não estando o Legislador ordinário autorizado a limitar, modificar ou suprimi-la (GUASTINI, 2005, p. 252).

Nesse contexto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que antes os sujeitava à discricionariedade parlamentar, passou a ser encarada como limite e vinculação de todo o Poder Público, inclusive do Legislativo.

Portanto, a partir do momento em que se reconheceu a normatividade dos direitos fundamentais, estabelecendo correspondentes deveres de conformação, verificou-se a possibilidade de controle de constitucionalidade.

Importa ressaltar que, no Brasil, a CR/88, em seu art. 102, atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para o controle jurisdicional de constitucionalidade, prevendo expressamente que a este órgão incumbe, precipuamente, a guarda da Constituição (BRASIL, 1988).

A doutrina da Constituição como norma jurídica e a acionabilidade dos direitos fundamentais, por outro lado, fomentou na doutrina a ideia de um paradoxo entre Constituição dirigente e conformação do legislador.

Essa contradição, explica Canotilho, instigada pela aporia da vinculatividade traduzir-se-ia no seguinte: “por um lado o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente à Constituição e por outro lado, ao legislador compete atualizar e concretizar o conteúdo da Constituição” (CANOTILHO, 2001, p. 63).

Nesse contexto, destaca-se o pensamento de Reis Novais, no sentido de que a tensão entre direitos fundamentais e Estado democraticamente legitimado é insuperável (NOVAIS, 2006, p. 18).

A tensão evidencia-se pelo reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais serem ameaçados pela maioria no poder, uma vez que os procedimentos democráticos não garantem uma identidade natural entre lei e justiça.[3]

Porém, a concepção mais comum sustenta que, no conceito de Estado Democrático de Direito, não há tensão e sim integração de direitos fundamentais e democracia (NOVAIS, 2006, p. 18).

Jorge Reis Novais explica que a doutrina de integração se funda na existência de uma conexão interna[4] e uma força de atração recíproca entre Estado de Direito e Democracia ou, pode-se dizer, entre liberdade pessoal e liberdade política (NOVAIS, 2006, p. 19).

O Estado de Direito tem por princípio estruturante a igual dignidade das pessoas e para isso é necessário liberdade política. Afinal, a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana depende, dentre outros elementos, de igualdade e liberdade individual, o que somente é encontrado quando estabelecida a regra da maioria.

Além disso, na ausência de Democracia, a separação dos Poderes tende a desaparecer, o que enfraqueceria os direitos fundamentais e, consequentemente, o Estado de Direito. Logo, sem Democracia não haveria Estado de Direito (NOVAIS, 2006, p. 19).

A recíproca também é verdadeira, na medida em que sem Estado de Direito não haveria Democracia. Esta prescinde de um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, especialmente de direitos políticos. Mesmo porque, sem direitos políticos não se pode garantir a regra da maioria (NOVAIS, 2006, p. 20).

Onde há lesão a direitos fundamentais, a sociedade está enferma e crise de direitos fundamentais equivale a crise de poder da sociedade democrática (BONAVIDES, p. 515).

Assim, há que se concordar com Reis Novais quando afirma que a integração e a tensão entre os dois princípios, Estado de Direito e Democracia, parece ser insuperável.

Ainda em uma lógica integrativa de Estado de Direito e Democracia, não se pode perder de vista a prática dos denominados Diálogos Institucionais, notadamente sob a perspectiva da necessidade de se conferir legitimidade popular à atuação dos Poderes.

---

[3] Há muito tempo encontra-se superado o pensamento de que a vontade geral não erra e, portanto, de que a lei nunca é injusta. Nesse sentido, Rousseau: "Portanto, o soberano não é formado senão por particulares que o compõem, nem podendo haver interesse contrário ao deles; por conseguinte, o poder soberano não tem nenhuma necessidade de fiador em relação aos súditos, porque é impossível que o corpo queira causar danos a todos os seus membros, e veremos, logo depois, que ele não pode causar dano a ninguém em particular. O soberano, por aquilo que é, é sempre tudo o que deve ser". (ROUSSEAU, 2008. p. 34). Kant, por sua vez, entende que só a vontade geral coletiva do povo pode ser legisladora e que o Poder Legislativo só pode agir pela vontade unida do povo, pelo que, não cometeria injustiças. Isso porque, para o autor, o Poder Soberano seria o próprio povo, e, ninguém comete injustiças contra si mesmo. (KANT, 2004, §46, p. 179).

[4] Para aprofundamento nesta doutrina, consulte a obra de Jürgen Habermas, "*Direito e democracia*: entre facticidade e validade". 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

No Estado Democrático de Direito, o exercício da democracia não se vincula somente à possibilidade de escolha dos atores políticos, mas também à existência e salvaguarda de uma Constituição hierarquicamente superior; dos direitos fundamentais; da legalidade das ações estatais – dentre elas, das decisões judiciais - e sistema de garantias processuais (FERNANDES, 2019, p. 323).

Michel Gulano de Godoy e Roberto Dalledone Machado Filho explicam que a democracia deve manter a dimensão crítica reclamada pelo conceito de esfera pública, sendo que:

> Na democracia deliberativa, a jurisdição constitucional interage com o Parlamento dando a ele a ordem de legislar e garantindo decisões efetivas, representativas e democráticas, bem como com as demais esferas de deliberação, de modo a garantir a igualdade de participação no debate de temas controversos. (GODOY; MACHADO FILHO, 2022, p. 119).

Assim, a legitimidade popular assume um papel de destaque no que concerne à atuação funcional dos Poderes Institucionais, principalmente nas questões relativas aos direitos individuais, em que são constantes os Diálogos Constitucionais entre esses Poderes.

3 TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição no exercício da interpretação constitucional, tem a função jurisdicional de controle constitucional dos atos normativos editados pelo Legislativo.

Luís Roberto Barroso destaca que o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte encontra-se assentado em dois fundamentos principais, quais sejam, a "proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária" e a "proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos" (BARROSO, 2015, p. 36).

Até porque, pelas regras do jogo democrático, o Estado Democrático de Direito, além de se compor de um governo de maioria, deve incorporar valores fundamentais baseados no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

No Brasil, tradicionalmente, prevalece uma concepção rígida, consubstanciada na separação das funções típicas e atípicas pertencentes a cada Poder. Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto destacam que:

> Sob a influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo

> princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de *rule of law* (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais. (CLÉVE; LORENZETTO, 2015, p. 184).

A judicialização de questões sociais e políticas pode ser atribuída, em síntese, a três fatores: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, a crise de representatividade parlamentar e o interesse dos próprios parlamentares eleitos de evitar temas polêmicos (BARROSO, 2012).

Tais fatores culminaram no crescimento do ativismo judicial, com o objetivo de suprir as lacunas e omissões nas políticas públicas ou, até mesmo, ampliar o alcance de diplomas normativos com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais de uma minoria não representada.

Entretanto, em uma sociedade plural e composta por interesses diversos e, ocasionalmente, antagônicos, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade acabam por ganhar repercussão, principalmente, quando dizem respeito a valores sociais e decisões políticas.

Sendo assim, na democracia deliberativa, verifica-se a influência e a participação popular no processo de tomada de decisões políticas e judiciais, principalmente diante da omissão executiva e legislativa a respeito de temas sensíveis.

Não é sem razão que o ativismo judicial brasileiro é alvo de duras críticas na doutrina, notadamente quando o Supremo Tribunal Federal decide sobre questões predominantemente políticas.

Oscar Vilhena Vieira emprega o termo "Supremocracia" para designar a atuação excessiva desse órgão (VIEIRA, 2018, p. 162).

Para o autor, essa postura do Supremo Tribunal Federal vai de encontro com "as concepções majoritárias da democracia, em que a última palavra sobre temas relevantes à sociedade de ficar reservada à vontade da maioria" (VIEIRA, 2018, p. 210).

A excessiva concentração de poderes no âmbito do Poder Judiciário traz questionamentos sobre a sua legitimidade, pois em um regime democrático espera-se que o poder seja expressado pela vontade da maioria e não por um grupo de magistrados (VIEIRA, 2018, p. 163). [5]

[5] Cléve e Lorenzetto também têm uma visão crítica sobre o assunto. Para eles, as críticas ao ativismo judicial residem no fato de que o monopólio judicial estaria amparado na premissa fundamental de que a ele é quem toca o monopólio da correta interpretação do texto constitucional, "enquanto o Legislativo não teria os meios efetivos para afirmar sua interpretação." Outras críticas residiriam na ideia de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem distorcer políticas, assumindo o controle e prevalecendo sobre a política legislativa. (CLÉVE; LOREZENTTO, 2015, p. 195).

Em se tratando de temas morais e politicamente sensíveis, a rejeição pública da decisão judicial também se manifesta por atos de resistência, tais como manifestações sociais, críticas públicas, insubordinação de agentes públicos, atos de desobediência civil, impeachment para destituição de Ministros da Corte e até mesmo atentados terroristas e guerra civil.

Tais fenômenos correspondem ao chamado efeito *backlash*, que pode ser traduzido como reações sociais contra as decisões do Judiciário.

Importa destacar que o efeito *backlash* não se manifesta exclusivamente na população, mas também no âmbito dos demais Poderes.

Vale dizer, ainda que não seja institucionalizado formalmente, o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional acontece (VICTOR, 2015, p. 215).

A teoria dos diálogos institucionais, também conhecida por teoria dos diálogos constitucionais, surge nesse contexto de contraposição entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, como uma hermenêutica constitucional, na qual prevalece a ideia de uma interpretação constitucional a ser exercida conjuntamente por estes dois poderes.

Retira-se, assim, o monopólio judicial sobre a interpretação exercida mediante o controle de constitucionalidade, substituindo-a por uma espécie de diálogo, que pode se dar das mais variadas formas.

4 EFEITO *BACKLASH*

Conforme abordado no tópico anterior, o efeito *backlash* integra a dinâmica dos diálogos constitucionais, na medida em que viabiliza um diálogo entre o Poder Judiciário e outros membros da sociedade, no âmbito da interpretação das normas constitucionais.

Nas palavras de Flávio Martins Nunes Júnior, trata-se de uma reação ao ativismo judicial, sendo que o efeito *backlash* "nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público" (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 95).

Nunes Júnior sustenta que "o efeito *backlash* é considerado uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria" (NUNES JÚNIOR, 2018, p.88/89). [6]

[6] Nesse sentido, Barroso defende o papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal, destacando que "a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte

Deve-se pontuar que, nem sempre a lógica do *backlash* é a defesa de pautas progressistas. George Marmelstein explica que "se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores" (MARMELSTEIN, 2016, p. 4).

Entretanto, esse autor tem uma concepção negativa acerca do *backlash*, considerando-o uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ele, esse efeito seria um *contra-ataque* político ao resultado de uma deliberação judicial, não pela *ratio decidendi,* mas sim pela vertente ideológica que a fundamenta (MARMELSTEIN, 2016, p. 1 e 4).

Com tais fundamentos, George Marmelstein sustenta que, geralmente, o efeito *backlash* tem por efeito colateral, costumeiro e indesejado, a criação de um ambiente político favorável ao retrocesso (MARMELSTEIN, 2016, p. 6).[7]

A conotação depreciativa do *backlash* está muito associada a própria etimologia do termo em inglês. Post e Siegel esclarecem que, inicialmente, o significado de *backlash*, seria algo correspondente a um defeito em uma roda que, devido à pressão, gira no sentido oposto (POST; SIEGEL, 2007).[8]

O fenômeno backlash, no entanto, consubstancia uma ferramenta de diálogo, sobretudo de oxigenação da interpretação constitucional, de modo que não mais se justifica compreendê-lo em uma acepção pejorativa.

O Supremo Tribunal Federal também já reconheceu a existência desse tipo de fenômeno, manifestando-se no sentido de que ele aumenta a legitimidade democrática de suas decisões, por trazer responsividade à opinião popular.[9]

---

constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias", de modo a evitar "que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias". (BARROSO, 2015, p. 36).

[7] Para George Marmelstein, o efeito *backlash* decorre do seguinte processo: "(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão." (MARMELSTEIN, 2016, p. 6).

[8] "The Oxford English Dictionary informs us that backlash initially referred to the jarring reaction or striking back of a wheel or set of connected wheels in a piece of mechanism, when the motion is not uniform or when sudden pressure is applied" (POST; SIEGEL, 2007).

[9] A propósito, colaciona-se o trecho do voto proferido pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da ADC nº 29/DF: "Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da

Revela-se mais adequada uma concepção otimista dos diálogos institucionais, porquanto, com eles, os debates políticos não se encerram com edição de um ato normativo ou decisão judicial.

Quando não se confere a palavra final a nenhum Poder Estatal, permite-se a perpetuação das discussões politicamente sensíveis, com envolvimento popular, em um processo democrático e dinâmico, que evolui junto com a sociedade.

4.1 LEIS *IN YOUR FACE* E A REAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O diálogo institucional no Brasil tem ocorrido de forma frequente e espontânea, com mais naturalidade do que nos países com sistemas jurídicos *commom law,* que têm Constituições sintéticas como, por exemplo, nos Estados Unidos e no Canadá (VICTOR, 2015, p. 215).

Como visto no capítulo anterior, o ativismo judicial, protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, acaba por criar reações legislativas, considerando que as decisões proferidas em sede de controle concentrado, ainda que possuam efeito *erga omnes,* não vinculam o Poder Legislativo.

Em relação a esse Poder, seria possível, no máximo, admitir uma vinculação fraca, de modo que seria plausível a edição de uma lei com conteúdo idêntico ao de outra já proclamada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando o Legislador entender que existem novas circunstâncias, tais como a transformação da realidade ou dos valores sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 1075).

Brandão anota que os mecanismos utilizados para afastar a hegemonia da interpretação constitucional consubstanciam-se na defesa da não vinculação dos poderes a uma decisão judicial a qual não concordam, a defesa de que as decisões de controle de constitucionalidade da Suprema Corte produzam efeitos apenas *inter partes*, e não *erga omnes* e, por último, a legitimidade de superação ou reversão judicial (BRANDÃO, 2018, p. 339 e 340).

As investidas do Legislativo, consubstanciada na edição de uma lei, cujo tema já foi objeto de anterior análise e interpretação constitucional anterior, ficaram conhecidas nos Estados Unidos como leis *in your face* (VICTOR, 2015, p. 217).

Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões" (BRASIL, 2012).

Em tradução livre, esse termo significa leis “na sua cara”, também chamado de “superação legislativa da jurisprudência” ou “reversão legislativa da jurisprudência”.

Rodrigo Brandão ao se dirigir às *leis in your face* aponta que:

> As chamadas leis *in your face,* destinadas a fazer prevalecer leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte por nova maioria simples obtida no Parlamento, seriam um instrumento integrante da estrutura dialógica da Carta, e poderiam ser manejadas inclusive para reiterar objetivos tidos como inconstitucionais pela Suprema Corte. (BRANDÃO, 2017, p. 340).

Ou seja, são leis ordinárias cujo objetivo é consolidar ou conferir eficácia normativa a determinadas matérias que já foram declaradas como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode-se concluir que a edição de *leis in your* face é um efeito *backlash* protagonizado pelo legislador. Porém, em muitos casos, as revisões legislativas acontecem sem grandes alardes, de modo que a intensidade do conflito entre Poderes depende da publicidade do caso. (VICTOR, 2015, p. 215).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se mostrou resistente ao fenômeno das *leis in your face.* No julgamento da ADI nº 2.797/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, consignando que não é possível que uma lei supere uma interpretação constitucional proferida pelo Supremo Tribunal, sob pena de inconstitucionalidade:

> 3. 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.
> 4. Quando, ao vício de constitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental; admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita o referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correte entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (BRASIL, 2005).

Posteriormente, contudo, no julgamento da ADI nº 5.105/DF, de Relatoria do Min. Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se novamente a respeito da temática, desta vez com um posicionamento mais transigente.

Na ocasião, restou consignado que é possível a edição de uma nova lei que frontalmente colida com a jurisprudência constitucional declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, para essa Corte, referida lei ordinária nasceria com presunção de

inconstitucionalidade, de modo que caberia ao legislador demonstrar a legitimidade da correção do precedente (BRASIL, 2016).

O STF entendeu que a legislação que frontalmente colida com a jurisprudência constitucional, leis *in your face,* deve se submeter a uma análise de constitucionalidade mais rigorosa, eis que já existe uma interpretação constitucional a respeito do tema (BRASIL, 2016).

No voto condutor do Ministro Relator Luiz Fux, destacou-se que o Congresso Nacional deve lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem (BRASIL, 2016). Tendo logrado êxito, o Congresso Nacional, com a edição da lei *in your face,* promoverá uma verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, modificando-se a interpretação que tenha sido dada a outra norma constitucional.

Na ADI nº 5.105/DF, ainda, admitiu-se ser prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição (BRASIL, 2016).

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ainda que submeta a um rigor maior a análise da constitucionalidade formal e material das leis *in your face,* vem admitindo a ocorrência desse fenômeno, inclusive como efeito dos diálogos constitucionais, em busca da melhor interpretação e alcance das normas constitucionais.

A propósito, Luís Roberto Barroso defende que o STF seria o intérprete final da Constituição, mas que, sua interpretação pode ser superada pelo Congresso Nacional, normalmente, mediante emenda constitucional. Além disso, para o autor, a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo para a deliberação ou atuação, o chamado "apelo ao legislador" (BARROSO, 2015, p. 36).

Sérgio Antônio Ferrera Victor também destaca que nos casos de omissão inconstitucional, quando do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, "a Corte convida o legislador a dialogar sobre o tema. Mesmo quando adota uma sentença de perfil aditivo, o STF deixa clara a ressalva de que sua decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação" (VICTOR, 2015, p. 232).

Tal jogo de poder e de contrarreações tem como pano de fundo a necessidade de se afirmar a quem, na hermenêutica constitucional, cabe a última palavra.

Contudo, essa problemática, isto é, a quem é dada a última palavra na interpretação constitucional, sob a perspectiva da Teoria dos Diálogos Institucionais, torna-se irrelevante.

Para Oliveira e Santos, os diálogos institucionais consistem em uma:

> Categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela. (OLIVEIRA; SANTOS, 2020, p. 120).

Conrado Hübner Mendes esclarece que, para as teorias do diálogo institucional, não deve haver conflito pela última palavra, "mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional" (MENDES, 2008).

Afinal, a teoria dos diálogos institucionais constitui uma alternativa para a democratização da hermenêutica constitucional, por meio da qual se busca a descentralização da interpretação da constituição, antes exclusiva do Poder Judiciário, a partir de um sistema de cooperação, refinamento e correção entre os vários participantes do processo interpretativo das normas, princípios e comandos constitucionais (OLIVEIRA; SANTOS, 2020, p. 120).

Dito isso, tem-se que o diálogo institucional incrementa os índices democráticos do sistema jurídico-político. Isso porque, ao mesmo tempo que permite o acesso à jurisdição, estimula a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões constitucionais sobre princípios mais amplos e políticas públicas (VICTOR, 2015, p. 236).

Nesse sentido, o diálogo institucional é favorável à Democracia e manifesta a dinâmica do sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da Separação dos Poderes.

4.2 O EFEITO *BACKLASH* E LEIS *IN YOUR FACE* CONTRA DECISÕES EM PRECEDENTES QUALIFICADOS PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O efeito *backlash* e as leis *in your face,* em relação ao seu conteúdo, podem ocorrer e serem compreendidos não apenas diante de uma reação conservadora, mas também uma reação progressista do Legislativo às decisões do Poder Judiciário (MARMELSTEIN, 2016, p. 4).

Muito embora o efeito *backlash,* originariamente, tenha surgido como uma reação conservadora frente a decisões judiciais em defesa das minorias, a expressão tem sido objeto de evolução, não sendo mais possível limitá-la a esse sentido reacionário.

Existem decisões que não ameaçam o *status quo*, mas, ainda assim, tornam-se objeto de comoção popular hábil a motivar uma reação política.

Assim, verifica-se a edição de atos normativos pelo Congresso Nacional com conteúdo oposto ao que fora decidido judicialmente, independentemente de sua vertente ideológica, seja conservadora ou progressista.

Noutro ponto, o efeito *backlash* e as leis *in your face,* interpretados restritivamente, somente se refeririam às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Isso porque, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas, conforme preceitua o art. 102, §2º, da CR/88 (Brasil, 1988, art. 102) e art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999).

No entanto, também é possível conceber a ocorrência do efeito *backlash* e *leis in your face* contra decisões em controle abstrato, nos precedentes qualificados, principalmente sob a perspectiva do efeito vinculante dessas decisões relativamente aos demais órgãos do Judiciário.

Explica-se.

A partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a adotar o sistema de valorização dos precedentes, em que se privilegia a jurisprudência como fonte de direito.

Embora a função de elaborar as normas permaneça sendo primordialmente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, ao aplicá-las no processo, determina o seu sentido e alcance, sendo indispensável, portanto, assegurar a segurança jurídica e a aplicação do melhor direito.

Humberto Theodoro Júnior destaca que a valorização do sistema de precedentes decorre do reconhecimento da importante e expressiva influência político-institucional que a interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais exercem na construção da segurança jurídica do ordenamento jurídico pátrio (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 811).

Não é sem razão que o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), em seus arts 1.038, II, e. 986, §1º, autorizou a realização de audiência públicas pelo Superior Tribunal de Justiça antes da fixação de teses em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em Recursos Especiais julgados pelo rito dos Recursos Repetitivos, permitindo que sejam influenciadas pela participação popular e obtendo, com isso, um grau maior de legitimidade.

Indo além, é possível admitir a ocorrência do efeito backlash nas hipóteses em que a lei é editada como reação do Poder Legislativo, leis *in your face*, contra uma decisão em precedente qualificado proferida pelo STJ.

Ainda que os precedentes qualificados do Superior Tribunal de Justiça sejam formados em sede de controle de legalidade, e não de constitucionalidade, não pode se ignorar a sua

obrigatória observância aos demais órgãos do Poder Judiciário, por consectário do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015)[10].

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, seja em recurso especial pelo rito dos repetitivos, seja em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência, embora parta de um caso concreto, acaba por fixar tese jurídica, cujos efeitos ultrapassam as partes, aplicando-se a todos os processos, pendentes e futuros, que versem sobre o mesmo tema.

É defensável, assim, a ocorrência de leis *in your face* contra decisões em precedentes qualificados, ainda que oriundas do Superior Tribunal de Justiça, pois elas também têm aptidão para gerar intensa rejeição da população e do Poder Legislativo, dado o seu caráter vinculante aos órgãos do Poder Judiciário.

Um recente exemplo desse fenômeno ocorreu com os Embargos de divergência em REsp nº 1.886.929/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião do julgamento, o STJ firmou a tese de que, em regra, é taxativo o rol da Agência Nacional de Saúde - ANS (BRASIL, 2022b).

Entretanto, diante da grande proporção que o tema tomou na sociedade, inclusive nas redes sociais e aplicativos de mensagens da internet, o Congresso Nacional reagiu, com a edição da Lei nº 14.454/2022, a qual alterou a Lei nº 9.656/98.

A nova Lei nº 14.454/2022 (BRASIL, 2022a) previu expressamente a possibilidade de cobertura de procedimentos e tratamentos não previstos no Rol da ANS.[11]

Em outras palavras, o Poder Legislativo restaurou a tese de que o rol da ANS é meramente exemplificativo, em um nítido movimento reativo.

Como bem asseverado pelo e. Min Dias Toffoli, no julgamento da ADI nº 7.088/DF:

> Essa lei representa uma reação legislativa ao paradigma da taxatividade, após uma onda de reações da sociedade civil à tese. A superação legislativa do rol taxativo se evidencia pelo que dispõe o § 13 do art. 10 da Lei n.º 9.656/98, com a redação dada pela Lei nº 14.454/22, o qual permite a cobertura de tratamento ou procedimento não previsto no rol, desde que observados determinados requisitos. (BRASIL, 2022c).

[10] "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;" (BRASIL, 2015).

[11] "art. 10 [...] § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais." (BRASIL, 2022a)

A edição da Lei nº 14.454/2022 pelo Congresso Nacional, portanto, revela uma reação política do Legislativo, com o objetivo de privilegiar o direito constitucional à saúde, ampliando a cobertura dos serviços de saúde na rede privada.

Tal reação consubstancia um típico efeito *backlash,* na modalidade leis *in you face,* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça em precedente qualificado, sobre um tema de intensa rejeição popular.

Percebe-se, portanto, que o diálogo institucional entre o Poder Legislativo e Superior Tribunal de Justiça também se mostra benéfico ao Estado Democrático de Direito, pois fomenta debates sobres questões relevantes na sociedade, aumentando o grau de legitimidade e alcançando melhores resultados na interpretação da legislação federal.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, ancorado na separação dos poderes e tutela dos direitos fundamentais, consagrou o Supremo Tribunal Federal como "guardião da Constituição", conferindo-lhe o dever-poder de interpretá-la e assegurar a sua força normativa.

Com base nesse dever-poder e com o propósito de assegurar a tutela das minorias, o Supremo Tribunal Federal tem assumido uma postura ativa nessa proteção, excedendo, muitas vezes, sua função jurisdicional constitucional.

Contudo, a vinculação existente entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional não pode ser utilizada como pretexto para a conclusão de que cabe somente ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, o exercício exclusivo da interpretação constitucional.

Neste estudo, verificou-se que a teoria dos diálogos institucionais surgiu como uma alternativa viável, reconhecida e necessária, na medida em que promove um diálogo entre os Órgãos Legislativos e Judiciário na busca da garantia dos direitos fundamentais e do melhor sentido e alcance das normas constitucionais.

Também conhecido como diálogo constitucional, esse fenômeno produz uma oxigenação do direito constitucional, incrementando os índices democráticos, pois fomenta a perpetuação das discussões jurídico-políticas.

Por meio dos diálogos institucionais, permite-se a reversão legislativa de uma decisão judicial, fenômeno conhecido como lei *in your face.*

As leis *in your face* consistem em um efeito *backlash* do Poder Legislativo, que edita atos normativos, disciplinando determinado conteúdo legal que já fora objeto de interpretação

proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Normalmente, a reversão legislativa é fruto de uma reação do Poder Legislativo originada de um clamor ou rejeição popular face a determinada decisão judicial, constituindo-se o efeito *backlash.*

O presente artigo demonstrou que efeito *backlash e* as leis *in your face,* em que pese tradicionalmente ocorram em sede de controle concentrado de constitucionalidade, são perfeitamente compatíveis com as decisões judiciais de precedentes qualificados oriundas do Superior Tribunal de Justiça, porquanto elas são de observância obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Os benefícios trazidos pelos diálogos institucionais também se estendem ao âmbito da legislação federal, trazendo oxigenação da construção e interpretação dessas normas e, por conseguinte, aumentando a legitimidade e influência popular nos debates com o Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In:* **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, V. 5, Número Especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794. Acesso em: 7 set. 2023.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A emenda da vaquejada e o efeito *backlash. In:* **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, n. 74, out./dez. 2019. Disponível em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Eliseu+Antônio+da+Silva+Belo.pdf. Acesso em: 12 set. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.628 de 24 de dezembro de 2002**. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10628.htm. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022** . Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.html. Acesso em: 5 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.886.929/SP**. Harmonização da jurisprudência da primeira e segunda seções no sentido de velar as atribuições legais e a discricionariedade técnica da autarquia especializada. Fixação da tese da taxatividade, em regra, da relação editada pela agência, com estabelecimento de parâmetros objetivos para a solução das controvérsias submetidas ao Judiciário. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 8 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160376796&registro_numero=202001916776&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de Inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de Afronta à irretroatividade4 das Leis. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de junho de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342. Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucional 5.105/DF.** Direito constitucional e eleitoral. Direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições. Reversão legislativa à exegese específica da Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4490 e 4795, rel. Min. Dias toffoli. Requerente: Solidariedade. Relator: Min. Luiz Fux, DJe 16/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF**. EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não

prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. Relator: Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005, DJ 19-12-2006, PP-00037, Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, V. 02261-02, pp – 00250.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.088/DF.** Direito Constitucional. Ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Amplitude das coberturas de planos de saúde. Competência da ANS. Rol de Procedimentos e eventos em saúde suplementar. Procedimento de atualização. Perda parcial do objeto. Improcedência dos pedidos remanescentes. Relator: Luís Roberto Barroso, 10 de novembro de 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355465921&ext=.pdf. Acesso em: 1 set. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais**: estrutura e legitimidade. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/#. Acesso em: 3 set. 2023.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional.** Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. T. I.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Constituicion como Norma y El Tribunal Constitucional.** Madrid: Civitas, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

GODOY, Michel Gulano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos Institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *In:* **RIL** Brasília, a. 59, n. 233, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado) – USP, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo.

MARRMELSTEIN, George. **Efeito *backlash* da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Bolonha: 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 2 set. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais.** Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SANTOS, Natanael Lima. Os diálogos institucionais na ordem constitucional brasileira. *In:* **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, V. 14, n. 3, ago./dez. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.14_n.3.09.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage:** Democratic Constitucionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007, Yale Law School, Public Law Working Paper nº 131, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=990968. Acesso em: 21 ago. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V. III.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.