XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2017 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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica Jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho; Marcus Firmino Santiago - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-458-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Interpretação. 3. Mutação constitucional. 4. Direitos fundamentais. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, realizado novamente em Brasília, entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, permitiu a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo da Hermenêutica Jurídica. Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais.

Os oito artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

O fenômeno da mutação constitucional é objeto de análise do primeiro artigo ('As mutações constitucionais e a (in)efetividade dos direitos fundamentais'), no qual as autoras debatem a legitimidade desta prática como instrumento para efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, cuidam de definir e delimitar a amplitude do conceito de mutação, tendo por marco o paradigma do neoconstitucionalismo a fim de discutir as possibilidades de ampliação interpretativa inerentes à sua aplicação e os possíveis riscos envolvidos.

Hermenêutica e linguagem é o tema do segundo artigo ('A hermenêutica e a linguagem jurídica'), que aborda os fundamentos linguísticos do Direito, assim como os limites do texto normativo e o processo de atribuição de sentidos inerente à atividade interpretativa /aplicativa. A partir dos referenciais oferecidos pela filosofia da linguagem, seus autores discutem como o Direito - produto final da interpretação - é definido pelas experiências do ser.

Semelhante marco teórico embasa o estudo desenvolvido no artigo 'A fundamentação das decisões judiciais no novo processo civil brasileiro', terceiro desta coletânea. À hermenêutica filosófica de Gadamer junta-se a dialética de Hegel para discutir a construção da decisão judicial a partir dos precedentes, tendo por base a preocupação - e os riscos - em buscar uma norma universal. A partir daí, o estudo levanta dúvidas sobre o grau de vinculação dos juízes aos precedentes, segundo o sistema enunciado pelo novo Código processual civil.

'Os fundamentos teóricos do minimalismo judicial de Cass R. Sunstein' é o título do trabalho que mergulhou em parte significativa da obra deste importante constitucionalista norte-

americano. O estudo apresenta os fundamentos que sustentam sua teoria, na busca por trazer parcela relevante, e pouco difundida em língua portuguesa, da obra do autor, um dos principais representantes do rico universo de debates que caracteriza o constitucionalismo dos Estados Unidos.

O quinto artigo ('O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica') trata do possível déficit democrático inerente ao processo de atribuição de sentidos. A atividade solitária do intérprete (solipsismo) representaria um fechamento, distanciando a norma produto da interpretação das intenções originariamente expressas pelo legislador. No contexto atual, no qual se verifica uma baixa (ou nenhuma) vinculatividade normativa, a discricionariedade ampla dos juízes afrontara o princípio democrático, sustentáculo último das leis.

O direito penal foi tema do sexto artigo ('Por uma reflexão constitucionalmente adequada da aplicação das normas no direito penal'), que deita os olhos sobre o denominado princípio da insignificância e critica sua amplitude enquanto categoria conceitual-normativa. Para tanto, analisa o precedente do STF onde foram definidos os parâmetros para aplicação da insignificância, destacando a insuficiência deste balizamento.

Em 'As contradições e limitações teóricas do neoconstitucionalismo', o autor traz relevante estudo sobre o estado da arte do positivismo jurídico contemporâneo para sustentar suas críticas às indefinições conceituais que cercam o neoconstitucionalismo. Destaca como esta abertura favorece o decisionismo, em um retorno à situação problema que ensejou várias das críticas sofridas pelo juspositivismo décadas atrás.

Por fim, o oitavo artigo ('O backlash silencioso') trata do tema da reversão de decisões judiciais por meio de alterações legislativas. A autora faz amplo estudo sobre diversos casos recentes nos quais temas definidos pelo Judiciário em um sentido foram novamente tratados pelo Legislativo, permitindo a este reafirmar posição contrária. E indica que, o que aparentemente seria uma fonte de conflito, pode funcionar como um caminho para reforço do diálogo institucional.

Como se percebe, em todos os estudos os principais marcos teóricos das hermenêutica contemporânea são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Enoque Feitosa - Docente nos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia - UFPB

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

O BACKLASH SILENCIOSO: NOTAS SOBRE A EC 91/2016

THE SILENT BACKLASH

Alessia Pamela Bertuleza Santos [1]

Resumo

O presente trabalho analisa a concepção de backlash idealizada por Michael Klarman para se afastar do ponto de vista negativo adotado por este autor e identificar o backlash como uma consequência natural da Jurisdição Constitucional. A pesquisa é realizada através da análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro que provocaram a reação legislativa, a exemplo do julgamento das ADIs nº 4.430 e 4.795, ambas da Relatoria do Ministro Luiz Fux. Por fim, é proposta uma análise da Emenda Constitucional nº 91/2016 para tentar identificar se estar-se-ia diante de nova tentativa de reversão jurisprudencial.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Backlash, Reversão jurisprudencial, Stf, Emenda 91

Abstract/Resumen/Résumé

This work analyzes the backlash conception devised by Michael Klarman to move away from the negative point of view adopted by this author and to identify the backlash as a natural consequence of the Constitutional Jurisdiction. The investigation is carried out through the analysis of some cases judged by the Brazilian Federal Supreme Court that provoked the legislative reaction, such as the judgment of the ADIs 4,430 and 4,795, both of the Rapporteur of the Minister Luiz Fux. Finally, an analysis of Constitutional Amendment No. 91/2016.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Backlash, Jurisprudential reversal, Stf, Amendment 91

[1] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Professora de Direito Internacional na Universidade Regional da Bahia (UNIRB).

I. INTRODUÇÃO

Desde a última década, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro tem se tornado cada vez mais conhecido da população em geral devido ao julgamento de casos sobre matéria de grande relevância social e do posicionamento progressista adotado na maioria dass vezes. Essa atuação do STF, no sentido de buscar assegurar a máxima efetividade das normas constitucionais tem provocado uma verdadeira expansão da jurisdição constitucional. Com isso, verifica-se cada vez mais a provocação daquela Corte para enfrentar temas sensíveis, como no caso do uso de células-tronco, aborto de fetos anencéfalos, casamento homoafetivo, dentre outros. A abordagem dessas questões pelo STF gera reações sociais que variam desde a propagação dos valores constitucionais no seio da sociedade até reações contrárias ao posicionamento adotado, como o *backlash*.

Backlash é a expressão utilizada pelo professor da Universidade de Harvard, Michael Klarman para denominar o fenômeno da reversão jurisprudencial também conhecida como revisão legislativa ou superação jurisprudencial pela via legislativa, que consiste na aprovação de normas pelo Parlamento cujo conteúdo contraria o entendimento adotado pela Suprema Corte, no intuito de superá-lo. O referido autor apresenta uma visão pessimista das consequências deste fenômeno: após analisar cinco casos julgados pela Suprema Corte norte-americana e a respectiva revisão legislativa, Michael Klarman aponta o risco que a jurisdição constitucional pode representar para a implementação dos direitos fundamentais, tendo em vista que a reação às suas decisões mais vanguardistas pode representar um verdadeiro retrocesso na garantia de tais direitos.

Deste modo, após esclarecer o ponto de vista de Michael Klarman, o presente trabalho apresenta outra abordagem do *backlash*, entendendo-o como uma consequência natural da jurisdição constitucional, de modo que até seria possível falar que entre eles incide a Terceira Lei de Newton.

O presente trabalho encontra-se firmado na seguinte premissa: em vez de representar um risco, o *backlash* é um efeito natural da jurisdição constitucional e uma porta de abertura para os *diálogos institucionais*. Com base nisso, são analisados alguns casos de *backlash* no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, de maneira mais detida, o julgamento da

ADI nº 5.105/DF onde o Tribunal apreciou a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, aprovada como uma revisão legislativa do entendimento adotado pelo STF no julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, ambas da Relatoria do Ministro Luiz Fux.

Em seguida, é realizada uma análise da Emenda Constitucional 91/2016, que criou uma hipótese excepcional e por tempo limitado de troca de partido político por Parlamentares eleitos sem a perda do mandato, para identificar se é possível falar que houve uma nova tentativa de *backlash*.

II. APLICAÇÃO DA TERCEIRA LEI DE NEWTON À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O EFEITO BACKLASH.

A Terceira Lei de Newton, também conhecida como Terceira Lei do Movimento ou Lei da Ação e Reação consiste na regra segundo a qual a ação de um corpo sobre o outro sempre será recíproca, pois a força imposta pelo corpo A ao corpo B é na mesma intensidade e direção imposta por B contra o corpo A, em sentido contrário. Assim, quando alguém pressiona com a mão uma parede está tendo ao mesmo tempo a mão pressionada pela parede na mesma intensidade da força que aplica.

Essa regra de interação da Natureza pode ser identificada também no âmbito do Direito, como percebeu Emídio Silva Falcão Brasileiro:

> O Princípio Geral da ação e reação tem sua representatividade no mundo do Direito, sempre que se depara, por exemplo, com o nexo de causalidade (ou nexo causal ou, ainda, relação de causalidade), principalmente nos direitos Penal, Civil e Administrativo[1].

Apesar de concentrar a sua análise sobre a aplicabilidade da Terceira Lei de Newton à Ciência Jurídica no Direito no Direito Natural, Emídio Silva Falcão Brasileiro[2] não descarta a possibilidade de identificar a reiteração de tal regra em outras áreas da Ciência Jurídica. Assim, é que, a partir do estudo do texto de Michael Klarman[3], parece-nos possível

---

[1] BRASILEIRO, Emídio Silva Falcão. **O Direito Natural visto à luz da ei da ação e reação de Isaac Newton: uma proposta de reflexão**. Lisboa: 2014. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/410/1/Tese%20de%20Em%C3%ADdio%20Brasileiro%20%282%29.pdf>

[2] *Idem.*

[3] KLARMAN, Michael. **Courts, Social Change, and Political Backlash**. *Philip A. Hart Memorial Lecture.* Paper 2. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>

identificar a aplicação da Terceira Lei de Newton também na relação entre o exercício da jurisdição pelas Cortes Supremas e o Poder Legislativo, onde à ação de julgar corresponderia o *backlash* como reação.

Ao analisar alguns julgamentos da Suprema Corte norte-americana sobre temas de grande repercussão política, Michael Klarman[4] identificou que em alguns casos onde a Corte adotou uma posição vanguardista na proteção dos direitos fundamentais, propondo avanços na implementação de tais direitos, a consequência dessas decisões foi uma reação legislativa.

Para demonstrar a plausibilidade das suas alegações, o Autor analisa alguns casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, dos quais destacamos o caso *Furman vs. Georgia*, sobre a pena de morte.

No caso *Furman vs. Georgia*, julgado em 1972, aquele Tribunal proibiu a pena de morte por entender que se tratava de uma pena cruel, incompatível com a oitava emenda da Constituição norte-americana. Entretanto, em vez de representar o fim da pena de morte nos Estados Unidos, a decisão da Suprema Corte teve o condão de trazer para o centro dos holofotes os debates sobre a pena de morte e fortalecer os grupos conservadores favoráveis à manutenção da pena de morte e que obtiveram um bom desempenho nas eleições seguintes, tendo como uma das bandeiras de campanha o aumento da rigidez na repressão penal. Com a conquista do espaço político, os grupos conservadores aprovaram inúmeras leis endurecendo a repressão penal, inclusive reconhecendo como legítima a pena de morte. Essa nova legislação fez com que, em 1976, a questão sobre a pena de morte fosse novamente submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana através do caso *Gregg vs. Georgia*. No novo julgamento, o Tribunal entendeu que, desde que atendidos alguns requisitos em sua aplicação, a pena de morte não contrariava a oitava emenda.

Essa reação legislativa direcionada à superação do da jurisprudência da Suprema Corte (reversão jurisprudencial), é o que Michael Klarman denomina de *backlash*.

O *backlash* pode ser definido como a resposta do Legislativo a decisões judiciais, geralmente aquelas que abordam temas sensíveis carregados de conteúdo político. Os casos analisados por Michael Klarman[5] referem-se a temas sensíveis para os quais a Corte Suprema adotou um posicionamento contramajoritário, o que acarretou a mobilização da sociedade e a superação da decisão através de novas leis a ela contrárias.

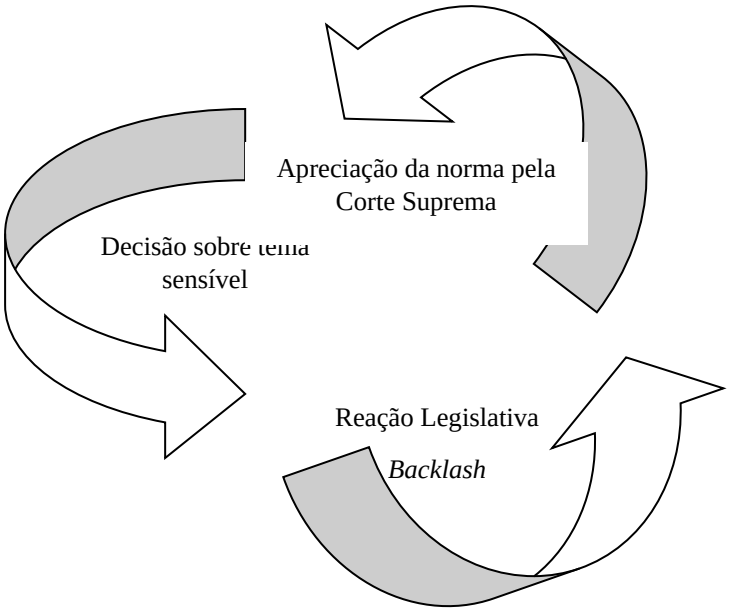
---

[4] KLARMAN, Michael. *Idem.*

[5] KLARMAN, Michael. Obra citada.

Essa constatação fez com Michael Klarman concluísse que a jurisdição constitucional acarreta um risco social ao jurisdicionado, devendo as Cortes exercerem a autocontenção ao tratar sobre temas sensíveis, a fim de evitar decisões que de tão progressistas acabem fortalecendo os conservadores, dando-lhes força para impedir a implementação de tais direitos. No entanto, esta preocupação nos parece demasiada e até desnecessária em um contexto democrático onde se faz presente o *diálogo institucional*.

Como dito, a reação legislativa ou *backlash* não deve ser entendida como um risco à implementação de direitos ou à efetividade dos pronunciamentos da jurisdição constitucional em matérias sensíveis, mas como uma consequência natural do seu exercício, numa clara relação de ação/reação. Deste modo, seria possível afirmar que a relação entre o exercício da jurisdição constitucional e o *backlash* possuem uma relação cíclica que poderia ser assim representada:



O caráter recíproco dessa relação decorre do fato de a reação legislativa não encerrar a problemática social que supostamente teria sido agravada pela decisão judicial que a nova lei pretende superar, podendo a matéria ser novamente submetida à apreciação da Corte, sob a roupagem de lei nova.

A representação gráfica acima apresentada, se por um lado deixa clara a relação de causa e consequência (ação/reação) existente entre as decisões judiciais sobre temas sensíveis, proferidas no exercício da Jurisdição Constitucional, por outro, pode provocar a sensação de insegurança jurídica diante um cenário de constante instabilidade normativa. Mas não é isso o que se propõe.

O controle de constitucionalidade realizado por Tribunais (Teoria da *Judicial Review*), desde a sua origem, é alvo de críticas por parte daqueles que questionam a legitimidade dos Juízes, que não foram eleitos como os Legisladores, mas que controlam os atos por estes elaborados. Essa discussão encontra-se esvaziada na atualidade diante do reconhecimento da necessidade de se estabelecer *diálogos institucionais* em um Estado Democrático de Direito como um pressuposto do equilíbrio entre as funções.

Apesar da visão pessimista de Michael Klarman, a respeito do *backlash* o nosso entendimento é no sentido de que a tentativa de superação jurisprudencial pela via legislativa representa a abertura para um diálogo institucional, que pode acarretar tanto na revisão da jurisprudência como na consolidação desta.

Partir da premissa de que o *backlash* sempre acarretará a superação do entendimento jurisprudencial corresponderia a atribuir ao Legislativo a função de rever as decisões judiciais proferidas em sede de controle de constitucionalidade, o que significaria retroceder a meados do século XX quando vigia na Europa o dogma da Supremacia do Parlamento.

Todavia, o contrário também não seria razoável: presumir que o Legislativo estaria impedido de legislar de modo contrário ao entendimento jurisprudencial vigente corresponderia a tolher em demasia a liberdade de atuação do Parlamento, comprometendo a própria função legislativa. Essa ideia também corresponderia a uma concepção estática do Poder Constituinte, que uma vez exercido só poderia ter os seus atos revistos pelos Tribunais por meio da interpretação, o que não é verdade.

Assim, revela-se necessário o estabelecimento de critérios objetivos que viabilizem esse *diálogo institucional* assegurando tanto a estabilidade das decisões judiciais como o exercício da função legislativa pelos Parlamentares visando melhor disciplinar as relações jurídicas, mesmo que em contrariedade com o entendimento judicial. O primeiro requisito para que ocorra a legítima superação jurisprudencial pela via legislativa é a alteração do estado de fato ou de direito desde o julgamento em que foi fixado o entendimento que se pretende superar. Deste modo, se logo após a Suprema Corte fixar seu entendimento sobre determinada matéria, o Congresso Nacional aprovar lei em sentido contrário sem demonstrar a mudança das circunstâncias fáticas ou jurídicas, o Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade da nova norma com base nos mesmos fundamentos utilizados no julgamento anterior.

Diz-se, portanto, que a lei ordinária aprovada em sentido contrário ao entendimento da Suprema Corte sem que exista mudança no estado de fato ou de direito,

estando evidente que a lei foi aprovada com o intuito exclusivo de reavivar a norma afastada pelo Tribunal, não contará com a presunção de constitucionalidade que caracteriza todas as leis produzidas em um Estado Democrático de Direito[6]. Essa situação, porém, é diferente daquela que ocorre quando a reação legislativa é concretizada através de Emendas à Constituição. Neste caso, estar-se-á diante de *correção legislativa* pelo Constituinte Reformador que só poderá ser invalidada na hipótese de afronta às normas constitucionais originárias essenciais, como as cláusulas pétreas (art. 60, §4º da Constituição Federal).

Na prática, porém, mesmo quando a *reversão jurisprudencial* se dá por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, as Cortes tendem a adotar um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador, por reconhecerem a inexistência de qualquer Supremacia Judicial.

III. O STF, O *BACKLASH* E O JULGAMENTO DA ADI 5105/DF.

No histórico da jurisdição constitucional brasileira, é possível identificar alguns casos relevantes de revisão legislativa que foram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Dentre esses casos, há tanto situações em que o Tribunal modificou o seu entendimento diante do novo ato normativo como situações em que a Corte considerou que não estava demonstrada a modificação do estado de fato e de direito que justificasse a superação da interpretação constitucional fixada em seu precedente, apta a ensejar a edição de norma em sentido diverso e reafirmou o entendimento combatido declarando a inconstitucionalidade do ato normativo recém aprovado com ele conflitante.

Como exemplo, cita-se o emblemático caso da Emenda Constitucional 57/2008, que foi aprovada como uma resposta do Legislativo à conclusão do julgamento das ADIs nº 2.240, nº 3.316, nº 3.489, nº 3.689[7], em que o STF declarou a inércia do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar que discipline o prazo para criação de Municípios, prevista no art. 18, §4º da Constituição Federal. Após ser notificado da decisão proferida e do prazo fixado para sanar a mora, o Congresso Nacional promulgou a EC 57/2008 que inseriu o art. 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Provisórias e convalidou todos os atos de criação de municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006. Instado a se manifestar sobre a norma insculpida na EC 57/2008, o Supremo revelou-se aberto ao *diálogo*

---

[6]LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>

[7] Todas de relatoria do Min. Eros Grau, DJ de 03/08/2007.

institucional, reconhecendo a validade de tal Emenda e declarando a manutenção da inércia legislativa[8].

Outro exemplo é a edição da EC 58/2009, que representou uma resposta legislativa ao julgamento do Caso Mira Estrela (Recurso Extraordinário 197.917/SP). Naquele caso, o STF reconheceu que deixar a critério do legislador municipal a determinação dos requisitos para composição das Câmaras de Vereadores, tendo como limite apenas os números máximos e mínimos previstos na Constituição daria azo à violação da regra constitucional de proporcionalidade entre vereadores e número de habitantes. Em seguida, o Congresso promulgou a EC 58/2009, que estabeleceu expressamente o número máximo de vereadores de acordo com o número de habitantes e previu aplicação retroativa de suas regras para abranger as eleições de 2008. Esta Emenda teve a sua constitucionalidade questionada através da ADI nº 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, em cujo julgamento o Supremo declarou apenas a inconstitucionalidade do dispositivo que previa a aplicação retroativa, por contrariar o princípio da anterioridade eleitoral.

Entretanto, conforme foi esclarecido em linhas anteriores, nem sempre a resposta legislativa consiste em dizer "amém" ao entendimento do Supremo Tribunal. Em muitos casos, o Legislador edita norma visando justamente superar a jurisprudência fixada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, quando provocado, verificar se encontram-se presentes os pressupostos de superação jurisprudencial pela via legislativa, especialmente a justificada alteração do estado de fato existente à época do julgamento.

Embora alguns Ministros entendam que a exigência da demonstração, pelo Legislador, da mudança das circunstâncias seria impraticável e violaria da separação dos Poderes, estabelecendo uma verdadeira "soberania judicial", a prática tem demonstrado o contrário. Um dos exemplares mais expressivos de superação jurisprudencial pela via legislativa no direito brasileiro mediante a demonstração da mudança das circunstâncias, foi a Lei Complementar 135/2010.

No ano de 2008, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144[9], o STF reconheceu a impossibilidade de definir, como causa de inelegibilidade, a mera instauração de procedimentos judiciais contra o candidato na hipótese de inexistir condenação criminal transitada em julgado.

---

[8] Dentre outros, RE 614.384, Rel. Min. Luiz Fux.

[9] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf

Em 2010, foi aprovada a Lei Complementar nº 135/2010, projeto de iniciativa popular, que alterou a Lei Complementar 64/90 e tornou inelegíveis os candidatos que tenham contra si uma condenação transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão da prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; e contra o meio ambiente e a saúde pública.

A constitucionalidade desta Lei foi questionada perante o STF por meio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 29 e 30, ajuizadas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e da ADI nº 4.578, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), tendo o STF modificado a sua jurisprudência consolidada e declarado a constitucionalidade da norma[10].

Outra reversão jurisprudencial que pode ser identificada no direito brasileiro, também em matéria de Direito Eleitoral, diz respeito à questão da "fidelidade partidária". Até o início da década de 1990, o entendimento do STF era no sentido de que a troca de partido pelo parlamentar eleito não acarretava a perda do mandato por não haver previsão constitucional nesse sentido. Conforme restou consignado no voto condutor do Ministro Barbosa Moreira, relator do MS nº 20.927/DF:

> Ora, se a própria constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (se se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, §1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda do mandato, a que alude o artigo 55.

[10] Com relação à mudança das circunstâncias, esta foi muito bem analisada pelo Ministro Luiz Fux (Relator) em seu voto: "Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. Propõe-se, de fato, um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência *vis-à-vis* inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas". Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf

Entretanto, ao ser provocado a analisar novamente o tema no ano de 2007, após a divulgação da Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral, o STF reviu o seu posicionamento e passou a entender que a troca de partido por parlamentar eleito gera, para o partido pelo qual o parlamentar se elegeu, o direito de reaver o mandato perdido, por estar configurada a infidelidade partidária[11]. Deste modo, o Supremo entendeu que o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar.

Em junho de 2012, a Corte julgou as ADIs nº 4.430/DF e 4.795/DF, ambas tendo como objeto a Lei nº 9.504/97, sendo que a primeira (4.430) buscava que se estabelecesse interpretação conforme a Constituição aos incisos I e II do §2ºdo art. 47[12], no sentido de que a repartição do tempo destinado à propaganda eleitoral entre os diversos partidos políticos fosse igualitária, independentemente de terem ou não representação na Câmara dos Deputados, enquanto a segunda (4.795), em sentido diametralmente oposto, pretendia excluir da Lei qualquer interpretação que permitisse estender aos partidos políticos que não elegeram representantes na Câmara dos Deputados o direito de participar do rateio proporcional de 2/3 do tempo de propaganda eleitoral gratuito no rádio e na TV.

Na ocasião, foi julgado parcialmente procedente o pedido formulado na ADI 4.430 declarando-se a inconstitucionalidade da expressão "e representação na Câmara dos Deputados", contida no § 2º do artigo 47, da Lei nº 9.504/1997, e sendo atribuída interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2º do artigo 47 da mesma lei, assegurando aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada, inclusive, a representação dos deputados federais que migrarem diretamente das agremiação político-partidárias pelas quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação[13].

---

[11] MS nº 26.602/DF, Rel. Min. **Eros Grau**; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. **Cármen Lúcia**; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**.

[12] Lei nº 9.504/97, art. 47. [...]
§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:
I - um terço, igualitariamente;
II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.
§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

[13] Quanto ao pedido formulado na MC– ADI 4.795, o Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido, em face da decisão tomada na ADI 4.430, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente.

Com essa decisão, o STF relativizou o princípio da fidelidade partidária, consagrado no julgamento dos Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF, 26.604/DF, 26.890/DF, para afastar a sua violação na hipótese de o parlamentar eleito por um determinado partido político migrar para outra agremiação criada após as eleições. Outra conclusão relevante da Corte no referido julgamento diz respeito à possibilidade de o parlamentar trânsfuga levar consigo, ao migrar para nova sigla partidária, a representatividade adquirida nas urnas, o que acarreta na manutenção do direito ao Fundo Partidário e ao horário gratuito de rádio e televisão.

Portanto, no julgamento das ADIs nº 4.430/DF e 4.795/DF, o STF superou a jurisprudência até então adotada de que o mandato parlamentar era de titularidade do partido político, que mantinha todos os benefícios obtidos na urna, mesmo após a saída de parlamentares eleitos, para assentar que o parlamentar que abandona o partido político pelo qual foi eleito para migrar para uma sigla nova, inexistente à época da eleição, e aquele que o sai em razão de sofrer perseguição política, levam consigo o direito ao Fundo Partidário e o direito de antena correspondente aos seus votos, que passarão a pertencer à nova legenda. De acordo com o Ministro Dias Toffoli, relator das ADIs, entender de modo contrário, implicaria no esvaziamento do princípio do pluralismo político, pois se estaria permitindo a criação de novos partidos, mas inviabilizando a sua existência.

Esta decisão foi objeto de muitas críticas no cenário acadêmico e, sobretudo, político, sendo apontada por alguns como um estímulo à criação de novos partidos políticos. A insatisfação representada pelas críticas à decisão levou um Deputado Federal a apresentar, em 19/09/2012, o Projeto de Lei nº 4.470/2012, que alterava dispositivos da Lei nº 9.095/1995 (Lei dos Partidos Políticos), para estabelecer que: (i) na hipótese de fusão ou incorporação de partidos, para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso ao horário gratuito ao rádio e à televisão seriam considerados apenas os votos que os partidos fundidos ou incorporados tivessem obtido na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 29, §6º)[14]; (ii) do Fundo Partidário, 5%(cinco por cento) seria destinado seria distribuído à totalidade dos partidos devidamente registrados perante o Tribunal Superior Eleitoral, e os outros 95%(noventa e cinco por cento) seriam distribuídos de maneira proporcional aos votos obtidos por cada partido na eleição anterior para a Câmara dos Deputados (art. 41-A, I e II), desconsiderando-se para fins de cálculo qualquer mudança de filiação partidária[15].

[14] Art. 1º da Lei n° 12.875/2013.

[15] Art. 2º da Lei n° 12.875/2013.

Durante a tramitação do PL nº 4.470/2012, alguns parlamentares impetraram Mandado de Segurança perante o STF alegando que o direito que lhes assiste de participar de um processo legislativo em conformidade com as regras constitucionais estava sendo violado porque o PL submetido à votação contrariava o direito dos novos partidos políticos de terem acesso à parcela do Fundo Partidário e do horário gratuito de rádio TV decorrente dos votos obtidos pelos parlamentares eleitos como membros de outros partidos e que migraram para a nova agremiação. Na ocasião, o Tribunal denegou a ordem sob o fundamento de que o direito brasileiro não admite o controle de constitucionalidade material preventivo[16].

Cerca de um ano após o julgamento das ADIs nº 4.430/DF e 4.795/DF pelo STF, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.875/2013, como uma tentativa de superação legislativa do entendimento adotado pela Corte. A constitucionalidade da nova lei foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/DF, ajuizada pelo Partido Solidariedade.

Ao julgar a ADI 5.105, o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei n° 12.875/2013, tendo o Ministro Luiz Fux, Relator, entendido tratar-se de uma reação jurisprudencial que, ao retirar dos partidos políticos criados no curso da legislatura o direito de acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao horário gratuito de rádio e TV, revelava-se maculada pelo vício de inconstitucionalidade, por ofender aos postulados fundamentais do pluralismo político, e da liberdade partidária (art. 17, *caput*, e § 3º, da Constituição).

---

[16] Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013)

Além disso, durante o julgamento, os Ministros analisaram amplamente a possibilidade de o Congresso editar normas contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal sem deixar claro, na exposição de motivos, os fatores justificantes da alteração. Para o Ministro Gilmar Mendes, não seria correto exigir tal justificativa do legislador, porque é ele quem detém a função constitucional de legislar e protagonizar a inovação do ordenamento jurídico a partir de uma reavaliação da situação e seria este o caso da Lei nº 12.875/2013, de modo que para declarar a inconstitucionalidade daquela norma seria necessária a identificação de algum vício, pois, do contrário, o Tribunal assumiria que estava declarando a nulidade de uma norma legal com fundamento na contrariedade à jurisprudência firmada, entendimento comungado pelos Ministros Celso de Mello, Teori Zavascki e Edson Fachin, que votaram pela improcedência da ADI. Os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, porém, consignaram como fundamento dos seus respectivos votos a impossibilidade de se extrair uma motivação idônea para aprovação da Lei na sua exposição de motivos, classificada por eles como "genérica"[17].

Por outro lado, entre os Ministros que votaram pela procedência da Ação Direta, é possível identificar, como no voto da Ministra Cármen Lúcia[18] e do Ministro Ricardo Lewandowski[19] um posicionamento que se aproxima da ideia de monopólio judicial, no

---

[17] Exposição de motivos do PL nº 4.470/2012, convertido na Lei nº 12.875/2013: "O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) e o acesso gratuito ao rádio e à televisão estão previstos na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), refletindo a sua importância na manutenção das agremiações partidárias. [...] O horário gratuito desdobra-se como espécie relevante do acesso ao rádio e à televisão o horário de propaganda eleitoral, regulado pela Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97: art. 44), sendo que, deste horário, 1/3 é distribuído igualitariamente entre os partidos e coligações e 2/3 proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, com base na representação resultante da eleição (Lei nº 9.504/97:art. 47, I, II e §3º). Contudo, as referidas normas efetivamente não alcançam os casos de migrações partidárias (ainda que por justa causa) que possam ocorrer durante a legislatura e que, assim, afetam a previsibilidade institucional da distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, causando, com efeito, insegurança jurídica tanto para os partidos políticos existentes, como para aqueles que vierem a existir (novos ou decorrentes de fusão ou incorporação). Aos primeiros, porque mergulham numa batalha entre si; aos segundos, porque não têm certeza do direito em questão e porque submetidos à mesma batalha. A forma de imprimir segurança institucional e jurídica é regular legal e pontualmente a questão, ou seja, a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, em qualquer hipótese, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. O emigrante, seja qual for seu motivo, não levará consigo os recursos do fundo nem o horário eleitoral. Com efeito, valorizam-se os partidos e evitam-se distorções e casuísmos".

[18] Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia, ressalvou expressamente o entendimento que ela possui, da necessidade de uma postura mais restritiva quanto ao acesso de novos partidos ao direito de antena e aos recursos do fundo partidário, entendimento que ela defendeu, inclusive, no julgamento das ADIs nº 4.430/DF e 4.795/DF, onde foi voto vencido. Apesar da ressalva, a Ministra votou pela declaração da inconstitucionalidade por entender que a superveniência de norma contrária ao entendimento adotado pelo STF em um curto intervalo de tempo traz à tona uma questão institucional de maior relevância. Nas palavras da Ministra: "Embora não convencida, vou pedir vênia à divergência para acompanhar o Relator por uma questão: a questão institucional, parece-me que se torna mais importante do que o que pus naquele julgamento".

[19] Apesar de ter votado pela improcedência da ADI, sob o fundamento de que precisava manter coerência com o posicionamento defendido no julgamento anterior (ADIs nº 4.430 e 4.795), o Ministro afirmou em seu voto que

sentido exposto por Rodrigo Brandão[20]. De acordo com o autor, a ideia de monopólio judicial corresponde à noção segundo a qual a interpretação da Constituição é função que incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário, que detém a única palavra em matéria de exegese constitucional. Esta concepção não se confunde com a de supremacia judicial, segundo a qual outros Poderes e demais atores sociais podem interpretar a Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra.

Da análise desses precedentes é possível afirmar que a revisão legislativa é uma prática frequente no direito brasileiro, sendo comum a submissão da norma revisora à nova apreciação do Supremo Tribunal Federal, e que o STF não possui precedente consolidado a respeito dos pressupostos de legitimidade da reversão jurisprudencial, de modo que a análise das iniciativas do Legislativo de superarem um precedente é realizada casuisticamente, o que gera insegurança jurídica tanto para o Legislador como para o jurisdicionado.

IV. A EMENDA CONSTITUCIONAL 91/2016 E O *BACKLASH* SILENCIOSO.

Após o Supremo Tribunal ter confirmado o seu entendimento que permite aos Parlamentares que migrarem para agremiação político-partidária surgida após a eleição levarem consigo a sua representatividade, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 91, publicada no Diário Oficial da União em 19 de fevereiro de 2016 (EC 91/2016).

A primeira observação a ser feita sobre a Emenda 91/2016 é que ela reforça a ideia de *bloco de constitucionalidade*, pois trata-se de uma norma constitucional que não se encontra inserida no texto da Constituição formal. A Emenda não pretende acrescentar ou alterar dispositivos do texto constitucional vigente, mas tão somente inserir no ordenamento jurídico pátrio uma norma com *status* constitucional.

A publicação da EC 91/2016 foi noticiada no meio jurídico como uma nova "janela" para a mudança de partido[21], tendo passado despercebida a outra mensagem inserida no seu curto texto: a EC 91/2016 representa um *backlash* com efeitos limitados no tempo.

"Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária".

[20] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

[21] CONSULTOR JURÍDICO. **Primeira emenda constitucional de 2016 abrirá janela para troca de partidos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-13/emenda-constitucional-ano-abrira-janela-troca-partido>

De acordo com o que foi exposto no item anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento das ADIs nº 4.430 e 4.795 que o Parlamentar que abandona o partido político pelo qual foi eleito para passar a integrar partido criado após as eleições não perderá o mandato, por que não estará configurada a infidelidade partidária, e manterá a representatividade obtida nas urnas para fins de acesso ao Fundo Partidário e ao horário gratuito de rádio e TV pela nova legenda. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI nº 5.105, que apreciou a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, que havia sido aprovada pelo Congresso Nacional cerca de um ano após a conclusão do julgamento das ADIs nº 4.430 e 4.795 e buscava superar o entendimento então perfilhado pelo STF, restringindo pela via legislativa o acesso dos novos partidos aos direitos de Fundo Partidário e de antena decorrentes dos votos obtidos pelos membros eleitos por outra agremiação política.

Ao apreciar a ADI nº 5.105, o STF confirmou o entendimento que já possuía e declarou a inconstitucionalidade da nova norma com base nos mesmos fundamentos indicados nas ADIs anteriores, destacando-se aquele segundo o qual impedir que os novos partidos tenham acesso ao Fundo Partidário que pertenceriam aos membros eleitos por outras legendas equivaleria a esvaziar a própria regra do pluralismo político, que parecia a ser uma garantia meramente formal: a de criar partidos, sem a correspondente garantia de viabilizar a manutenção deles (aspecto material).

Da análise dos votos de alguns Ministros, realizada no item anterior, foi identificado que já naquela oportunidade o Plenário discutiu a possibilidade de superação jurisprudencial pela via legislativa e tentou fixar requisitos para a sua ocorrência legítima. Mas, devido à existência de posicionamentos tão díspares, o acórdão restringiu-se a apreciar a constitucionalidade da norma questionada[22].

O único artigo da EC 91/2016 tem a seguinte redação:

> Art. 1º. É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão.

[22] Em seu voto, o Ministro Luiz Fux apresenta uma proposta interessante de requisitos que configurariam a admissibilidade da reversão jurisprudencial, mas o Ministro Gilmar Mendes inviabilizou o avanço do debate sobre este ponto ao defender a impossibilidade do Supremo fixar parâmetros para que se reconheça a oportunidade do Congresso Nacional legislar de modo contrário à jurisprudência.

Com isso, o Congresso Nacional estabeleceu a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária sem justa causa que não acarreta a perda do mandato. Deste modo, a EC 91/2016 criou mais uma possibilidade, ainda que por tempo limitado, abandonar o partido pelo qual foi eleito sem perda do mandato e sem direito de acesso à cota do Fundo Partidário e do horário gratuito de rádio e TV que lhe seriam conferidos pelos votos obtidos na última eleição.

Assim, pode-se afirmar que através de uma Emenda Constitucional que contém apenas um artigo, o Congresso Nacional realizou a superação de dois entendimentos pacíficos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Primeiro, ao permitir que os Parlamentares deixem, no curso da legislatura, o partido para o qual foram eleitos sem que apresentem uma justa causa (perseguição política ou migração para partido criado após a eleição) e conservando o mandato, criou-se uma nova exceção à "fidelidade partidária", identificada pelo STF como um princípio implícito cuja violação implica na perda do mandato[23]. Em segundo lugar, ao estabelecer que essa emigração não implicaria na transferência do direito de acesso ao Fundo Partidário e ao horário de rádio e TV, criou-se uma situação esdrúxula: a Emenda se apresenta como uma excludente de infidelidade partidária, uma vez que o Parlamentar trânsfuga conservará o seu mandato, mas veda que ele usufrua dos frutos representatividade obtida nas urnas, em nítida contrariedade ao entendimento predominante no STF[24].

Deste modo, é possível afirmar que a EC 91/2016 conseguiu operar a superação jurisprudencial de dois entendimentos pacíficos do STF, configurando o *backlash*. Além disso, diante da centralidade dos debates na "janela" aberta para a troca de partido em pleno ano eleitoral, a reversão jurisprudencial operada passou despercebida e tende a manter-se incólume tendo em vista que o prazo nela estipulado para que os Parlamentares deixem as agremiações políticas pelas quais se elegeram findou-se em 19 de março de 2016 sem que a sua constitucionalidade fosse questionada perante o STF.

VI. CONCLUSÃO

[23] MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

[24] ADIs nº 4.430/DF e 4.795/DF, Rel. Min. Luiz Fux.

Da análise realizada no presente trabalho foi possível identificar que o fenômeno do *backlash*, embora pouco estudado pela doutrina brasileira, ocorre com muita frequência no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a experiência tem demonstrado que se trata de uma consequência natural, sendo plausível afirmar que a relação entre a Jurisdição Constitucional e a reação legislativa é cíclica, ensejando influências recíprocas que correspondem a aplicação da Terceira Lei de Newton. Essa relação de influências recíprocas abre espaço para o chamado *diálogo institucional*, que permite o avanço no tratamento dado a determinado tema sem que haja a prevalência exclusiva da jurisprudência ou da vontade do legislador, o que representaria o reconhecimento da Supremacia Judicial ou do Parlamento, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Para assegurar a segurança jurídica das decisões, é necessário que a reação legislativa pela via ordinária possua algum fundamento objetivo, como a mudança do estado de fato ou de direito existente no momento do julgamento. Entretanto, o STF ainda não conseguiu estabelecer quais seriam os requisitos necessários para que uma lei ordinária contrária ao entendimento do STF seja considerada reação legislativa legítima. Por outro lado, quando a reversão jurisprudencial for materializada através de Emendas Constitucionais, não é necessário que o Congresso Nacional justifique as circunstâncias que o levaram a aprovar norma contrária ao entendimento dominante. Por se tratar de manifestação do Poder Constituinte Reformador, a invalidação de uma Emenda só poderá ser declarada pelo STF quando houver violação ao art. 60 da Constituição Federal.

Na história do STF é frequente a apreciação da constitucionalidade das normas que foram editadas como uma tentativa de superação jurisprudencial, como ocorreu com a Lei nº 12.875/2013 que representou uma reação ao julgamento das ADIs nº 4.430 e 4.795, mas teve a sua inconstitucionalidade declarada no julgamento da ADI nº 5.105. em resposta ao julgamento da ADI 5.105 o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 91/2016 que nitidamente opera a superação dos entendimentos do STF em matéria de fidelidade partidária e acesso ao Fundo Partidário e ao direito de antena pelo Parlamentar que troca de partido mas conserva o seu mandato.

Entretanto, acredita-se que a referida Emenda terá destino melhor do que a Lei nº 12.875/2013, não vindo a ser declarada inconstitucional. Essa conclusão decorre da conjunção de dois elementos objetos: o primeiro, é que por se tratar de uma Emenda Constitucional o STF só poderá declarar a sua inconstitucionalidade se presente a violação ao art. 60 da Constituição Federal, o que não se vislumbra; e segundo, a nova norma, que não foi inserida no texto da Constituição, integrando, por isso, o bloco de constitucionalidade, possui os seus

efeitos limitados no tempo de modo que a desfiliação partidária que ele permite deveria se operar nos 30(trinta) dias seguintes a sua publicação. Tendo em vista que este prazo já alcançou o seu termo final e a norma não teve a sua inconstitucionalidade questionada, bem como que muitos dos Parlamentares que obtiveram a desfiliação já ingressaram em outros pelos partidos e participaram das eleições municipais deste ano, tem-se o exaurimento da eficácia da norma e o estabelecimento de situações jurídicas que, se desfeitas, provocariam grave insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Promulgada emenda que abre "janela" para troca de partido.** Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/18/promulgada-emenda-que-abre-janela-para-troca-de-partido>

AGRA, Walber de Moura. **A expansão da jurisdição constitucional**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, Natal, v.6 , n. 1, jan./jun. 2015, p. 105-118.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.430/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe de 19.9.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.795/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe de 19.9.2013 ADI 4.795/DF, DJe de 30.10.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.105/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe de 1º.10.2015.

BRASILEIRO, Emídio Silva Falcão. **O Direito Natural visto à luz da ei da ação e reação de Isaac Newton: uma proposta de reflexão**. Lisboa: 2014. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/410/1/Tese%20de%20Em%C3%ADdio%20Brasileiro%20%282%29.pdf>

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à EC 91/2016.** Disponível em: < http://www.dizerodireito.com.br/2016/02/comentarios-ec-912016-janela-para-que.html>

CONSULTOR JURÍDICO. **Primeira emenda constitucional de 2016 abrirá janela para troca de partidos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-13/emenda-constitucional-ano-abrira-janela-troca-partido>

KLARMAN, Michael. **Courts, Social Change, and Political Backlash**. Philip A. Hart Memorial Lecture. Paper 2. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>