

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Faculdade Mineira de Direito

Camila Luísa Sampaio Magalhães

DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS:
A teoria de Conrado Hübner Mendes e
sua aplicação na jurisprudência do STF

Belo Horizonte

2023

Camila Luísa Sampaio Magalhães

DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS:

A teoria de Conrado Hübner
Mendes e sua aplicação na jurisprudência
do STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia,
Constituição e Internacionalização

Linha de pesquisa: Constitucionalismo
Democrático

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M189d	<p>Magalhães, Camila Luísa Sampaio</p> <p>Diálogos interinstitucionais: a teoria de Conrado Hübner Mendes e sua aplicação na jurisprudência do STF / Camila Luísa Sampaio Magalhães. Belo Horizonte, 2023.</p> <p>144 f.</p>
	<p>Orientador: Marciano Seabra de Godoi</p> <p>Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p>
	<p>1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Mendes, Conrado Hübner - Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. 3. Relação legislativo-executivo. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Jurisprudência - Brasil. 6. Direitos fundamentais - Brasil. 7. Controle Jurisdicional. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
	CDU: 342.33

Camila Luísa Sampaio Magalhães

DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS:

A teoria de Conrado Hübner
Mendes e sua aplicação na jurisprudência
do STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Gustavo da Gama Vital de Oliveira - UERJ (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Bruno de Almeida Oliveira - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 27 de outubro de 2023.

Aos meus pais, meu maior exemplo de amor e resiliência.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a efetiva aplicação da teoria dos diálogos interinstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sua jurisprudência. Pretende-se verificar se o supracitado tribunal, ao mencionar a expressão “diálogos (inter)institucionais” e variações em seus acórdãos, está aplicando a teoria dos diálogos institucionais de modo consistente ou apenas fazendo menção retórica a ela. Para tanto, a dissertação parte do estudo da concepção da teoria dos diálogos interinstitucionais trazida por Conrado Hübner Mendes na obra “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação” publicada em 2011, uma das principais referências sobre o tema. Em seguida, são analisados três acórdãos do STF que utilizam a teoria em sua fundamentação, buscando verificar se a aplicação da teoria se dá de forma efetiva. A escolha dos acórdãos se deu pela importância dos temas e por se encontrar neles um alto potencial de interação interinstitucional. Conclui-se que o STF, ao mencionar a expressão “diálogos (inter)institucionais”, não o faz de acordo com a teoria antes estudada e que, mesmo quando expressamente invocada, a teoria não é aplicada de forma coerente com suas premissas. O trabalho propõe uma reflexão crítica sobre a utilização da teoria dos diálogos interinstitucionais pelo STF, apontando para a necessidade de uma maior coerência entre o discurso e a prática do Tribunal em relação a essa teoria.

Palavras-chave: Diálogos interinstitucionais; Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the effective application of the theory of inter-institutional dialogues by the Federal Supreme Court (STF) in its jurisprudence. It is intended to verify whether the aforementioned court, when mentioning the expression “(inter)institutional dialogues” in individual votes of ministers in judgments, is implementing the theory of institutional dialogues in a consistent manner or just rhetorically mentioning them. To this purpose, the dissertation starts with the conceptual study of the theory of inter-institutional dialogues brought by Conrado Hübner Mendes in the book “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação” published in 2011, one of the main references on the theme. Subsequently, three STF judgments that use the theory in their reasoning are analysed, aiming to verify whether the theory is applied effectively. The choice of judgments was due to the importance of the subjects and to the importance of the topics and for finding in them a high potential for interinstitutional interaction. It is observed that the STF, in mentioning the expression “(inter)institutional dialogues”, does not do so in accordance with the theory studied in academia and that, even when expressly invoked, the theory is not applied in a manner consistent with its premises. The paper proposes a critical reflection on the use of the theory of inter-institutional dialogues by the STF, pointing to the need for greater coherence between the Court's discourse and practice in relation to this theory.

Keywords: Interinstitutional dialogues; Federal Supreme Court; Control of constitutionality.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la aplicación efectiva de la teoría de los diálogos interinstitucionales por el Supremo Tribunal Federal (STF) en su jurisprudencia. Se pretende verificar si el referido tribunal, al mencionar la expresión “diálogos (inter)institucionales” en los votos particulares de los ministros en las sentencias, está aplicando la teoría de los diálogos institucionales de forma consistente o sólo hace una mención retórica de la misma. Para ello, la disertación comienza con el estudio de la concepción de la teoría de los diálogos interinstitucionales aportada por Conrado Hübner Mendes en la obra “Derechos Fundamentales, Separación de Poderes y Deliberación” publicada en 2011, una de las principales referencias sobre el tema. A continuación, se analizan tres sentencias del STF que utilizan la teoría en sus razonamientos, buscando verificar si la teoría se aplica de manera efectiva. La elección de las sentencias se debió a la importancia de las remas y al alto potencial de interacción interinstitucional. Se concluye que el STF, al mencionar la expresión “diálogos (inter)institucionales”, no lo hace de acuerdo con la teoría estudiada en el ámbito académico y que, incluso cuando se invoca expresamente, la teoría no se aplica de forma coherente con sus premisas. El trabajo propone una reflexión crítica sobre el uso de la teoría de los diálogos interinstitucionales por el STF, señalando la necesidad de una mayor coherencia entre el discurso y la práctica del Tribunal en relación con esta teoría.

Palabras clave: Diálogos interinstitucionales; Supremo Tribunal Federal; Control de constitucionalidad.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E DELIBERAÇÃO - UMA ANÁLISE DA PROPOSTA TEÓRICA DE CONRADO HÜBNER MENDES	12
2.1	A democracia constitucional e suas instituições	13
2.2	O controle de constitucionalidade judicial	15
2.3	O processo de deliberação	18
2.3.1	Os diálogos interinstitucionais	20
2.4	O processo de deliberação institucional no Brasil	24
2.4.1	A retórica dos guardiões - entrincheirado e acanhado	25
2.4.2	A teoria de diálogos interinstitucionais no Brasil	27
2.5	Síntese da proposta teórica de Mendes	30
2.5.1	Críticas à proposta teórica de Mendes	32
3	DIREITO DE ANTENA - ANÁLISE DA ADI Nº 5.105	45
3.1	Os votos do acórdão da ADI nº 5.105	45
3.2	Votos do relator e acompanhando o relator	47
3.2.1	Ministro Luiz Fux	47
3.2.2	Ministro Luís Roberto Barroso	51
3.2.3	Ministra Rosa Weber	53
3.2.4	Ministro Dias Toffoli	53
3.2.5	Ministra Carmen Lúcia	54
3.2.6	Ministro Marco Aurélio	55
3.3	Votos divergindo do relator	55
3.3.1	Ministro Edson Fachin	55
3.3.2	Ministro Teori Zavascki	57
3.3.3	Ministro Gilmar Mendes	58
3.3.4	Ministro Celso de Mello	60
3.3.5	Ministro Ricardo Lewandowski	60
3.4	Os direitos de antena e fundo partidário na teoria dos diálogos interinstitucionais	61
4	USO DO AMIANTO - ANÁLISE DA ADI Nº 4.066	72
4.1	Os votos do acórdão da ADI nº 4.066	72
4.2	Votos do relator e acompanhando o relator	74
4.2.1	Ministra Rosa Weber	74
4.2.2	Ministro Edson Fachin	78
4.2.3	Ministro Ricardo Lewandowski	80
4.2.4	Ministro Celso de Mello	81
4.2.5	Ministra Carmen Lúcia	86
4.3	Votos de divergindo do relator	86
4.3.1	Ministro Alexandre de Moraes	86
4.3.2	Ministro Luiz Fux	89
4.3.3	Ministro Gilmar Mendes	95
4.3.4	Ministro Marco Aurélio	96
4.4	O amianto crisotila na teoria dos diálogos interinstitucionais	99

5 FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS - ANÁLISE DA ADI Nº 4.650	108
.....	
5.1 Síntese da ADI nº 4.650	108
5.2 Votos do relator e acompanhando o relator	111
5.2.1 <i>Ministro Luiz Fux</i>	111
5.2.2 <i>Ministro Joaquim Barbosa</i>	117
5.2.3 <i>Ministro Dias Toffoli</i>	118
5.2.4 <i>Ministro Luis Roberto Barroso</i>	119
5.2.5 <i>Ministro Marco Aurélio</i>	121
5.2.6 <i>Ministro Ricardo Lewandowski</i>	122
5.2.7 <i>Ministra Carmen Lúcia</i>	123
5.3 Votos divergindo do relator	124
5.3.1 <i>Ministro Teori Zavascki</i>	124
5.3.2 <i>Ministro Gilmar Mendes</i>	126
5.3.3 <i>Ministro Celso de Mello</i>	130
5.4 O financiamento de campanhas eleitorais na teoria dos diálogos interinstitucionais	131
6 CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 (CR/1988) marcou um importante avanço para a democracia brasileira, ao trazer em seu bojo importantes inovações democráticas e republicanas, fortalecendo a autonomia das instituições e a ampliação dos direitos fundamentais. Neste arcabouço de mudanças, destaca-se o fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu um papel cada vez mais ativo na interpretação Constitucional, assumindo funções de um verdadeiro legislador positivo. Essa postura ativista gera críticas e controvérsias, argumentando-se que em determinadas situações o tribunal passou a criar normas e políticas públicas, o que seria uma função do Poder Legislativo e Executivo, inibindo muitas vezes a atuação destes.

A teoria dos diálogos interinstitucionais de Conrado Hübner Mendes (2011) é uma proposta que busca a colaboração e a cooperação entre as instituições democráticas numa interação mais colaborativa e equilibrada. Sua teoria baseia-se na perspectiva deliberativa, valorizando o diálogo e a argumentação entre as instituições, buscando sempre a melhor resposta no momento da decisão. Considera aspectos como a falibilidade das instituições, o lapso temporal e a necessária participação da sociedade na tomada de decisões, respeitando o papel das instituições e seus limites.

A presente dissertação tem como objetivo analisar a aplicação da teoria dos diálogos interinstitucionais nas decisões do STF, buscando compreender se o Tribunal está aplicando a teoria de modo consistente em sua jurisprudência ou apenas fazendo menção à mesma de forma esvaziada de conteúdo. Para isso, a dissertação escolheu como marco teórico a teoria deliberativa interinstitucional de Mendes (2011), analisando sua proposta de diálogo, a implicação de mudanças nas funções e competências das instituições jurídicas brasileiras, e sua compatibilidade com a Constituição da República. Em seguida, a dissertação irá examinar acórdãos do STF para averiguar até que ponto os julgadores veem aplicando ou não a teoria em seus votos.

Foram encontrados em abril de 2022, 33 (trinta e três) acórdãos no sistema de jurisprudência do STF que citam a expressão diálogos interinstitucionais e suas variantes. Deste montante, foi filtrado por sua relevância constitucional apenas Acórdãos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Ações Diretas de

Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), chegando ao total de 16 (dezesseis) acórdãos. Em seguida, foi realizada uma análise de dados, onde foi observado em quais dessas decisões a teoria dos diálogos “inter” institucionais é citada tendo-se decidido eleger como objeto de análise três decisões, escolhidas pela importância dos temas de fundo e pelo alto potencial de interação interinstitucional. Desse modo, foram escolhidas a ADI nº 5.105 e nº 4.650, ambas de relatoria do Ministro Luiz Fux e a ADI nº 4.066, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Esta pesquisa se classifica como jurídico-teórica e se vale da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal que tenham fundamentação na teoria dos diálogos interinstitucionais e que possuam potencial deliberativo em sua discussão.

A abordagem de pesquisa utilizada foi qualitativa pela substancial análise do conceito de diálogos interinstitucionais para os ministros, perpassando pela sistemática de diálogos proposta por Mendes e pela fluidez de funções e competências das instituições jurídicas brasileiras. Desse modo, essa dissertação é qualitativa no que concerne ao conteúdo analisado dessas decisões.

Os acórdãos, por sua vez, foram analisados a partir do entendimento do relator e dos votos dos ministros. Sendo assim, optou-se pelo método de pesquisa de análise de conteúdo a partir da técnica de análise do discurso para extração das informações e formação do entendimento.

A pesquisa classificou-se, portanto, como descrito-compreensiva, buscando extrapolar uma mera identificação de possíveis relações entre as variáveis identificadas. Foi utilizado como Marco Teórico paradigma a teoria de deliberação interinstitucional trazida por Mendes (2011).

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais tem como uma de suas áreas a “Democracia, Constituição e Internacionalização”, que visa explorar os conceitos fundamentais da democracia e do constitucionalismo à luz dos desafios trazidos pela globalização. Dentro dessa área tem-se a linha de pesquisa de “Constitucionalismo Democrático”, que busca compreender a interdependência entre democracia e constitucionalismo e analisar os direitos fundamentais e as formas de participação social na esfera público-política.

Essa dissertação tem por objetivo investigar a relação entre democracia e constitucionalismo, analisando um tema atual e de alta relevância na realidade jurídica, guardando aderência com a área “Democracia, Constituição e Interinstitucionalização” e com a Linha “Constitucionalismo Democrático”.

Assim, busca-se contribuir para a consolidação de um Estado democrático de Direito mais inclusivo e eficaz, analisando os desafios e as oportunidades proporcionados pela interdependência entre democracia e constitucionalismo. Ao investigar a aplicação da teoria dos diálogos interinstitucionais nas decisões do STF, a dissertação mostra aderência ao projeto de pesquisa “Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional” adotado na referida linha de pesquisa. Ao estudar uma das propostas teóricas sobre o tema dos diálogos interinstitucionais e verificar se a menção a tal abordagem nos acórdãos do STF é meramente retórica ou não, a dissertação contribui para o controle social das decisões do Tribunal em prol do fortalecimento do potencial deliberativo da Corte.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E DELIBERAÇÃO - UMA ANÁLISE DA PROPOSTA TEÓRICA DE CONRADO HÜBNER MENDES

Esse capítulo tem por objetivo estudar a proposta teórica de Conrado Hübner Mendes, trazida pelo livro intitulado “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação”. Esta obra, publicada em 2011 foi fruto de seu Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo, onde Mendes desenvolveu uma proposta teórica de diálogos interinstitucionais como elemento central na compreensão da democracia constitucional e das instituições, aplicando-a no contexto jurídico brasileiro.

Além do livro supracitado, o autor possui outras obras que estudam a temática dos diálogos interinstitucionais, tal como a intitulada “*Constitutional Courts and Deliberative Democracy*”, publicada em 2013. Entretanto, apesar de serem um aperfeiçoamento de sua teoria, tais estudos e obras não possuem por objetivo analisar o contexto brasileiro de deliberação. Desse modo, o livro “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação” foi escolhido como marco teórico dessa dissertação, tendo em vista que, apesar de não ser a obra mais atual do autor supracitado, é a mais bem enquadrada nos objetivos dessa dissertação, qual seja, o estudo dos diálogos interinstitucionais no Brasil.

Esse capítulo tem como objetivo analisar os principais aspectos dessa teoria, com ênfase na compreensão da democracia constitucional e no papel do diálogo interinstitucional. São explorados temas como o controle de constitucionalidade judicial, o processo de deliberação e a importância dos diálogos entre as instituições no contexto brasileiro (MENDES, 2011, p. 12).

Inicialmente, discute-se a concepção de democracia constitucional e sua relação com a separação de poderes. Mendes (2011) destaca a importância de uma abordagem que valorize a participação ativa dos cidadãos e o respeito aos direitos fundamentais como fundamentos essenciais da democracia.

Em seguida, é examinado o controle de constitucionalidade judicial, um mecanismo que desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais e na manutenção do equilíbrio entre os poderes. Será destacada a relevância do diálogo interinstitucional nesse contexto, permitindo que diferentes órgãos do sistema judicial contribuam para a tomada de decisões fundamentadas.

O processo de deliberação também recebe atenção especial do autor examinado, pois é por meio desse processo que ocorrem os diálogos

interinstitucionais e se busca a construção de consensos. Será discutido o papel dos atores institucionais nesse processo, assim como as diferentes construções do autor sobre as abordagens retóricas adotadas, como a do guardião entrincheirado e do guardião acanhado, que representam perspectivas distintas sobre o processo de deliberação (MENDES, 2011, p. 217-219).

Por fim, realiza-se uma análise da teoria de diálogos interinstitucionais no contexto brasileiro, com foco nas práticas e desafios enfrentados pelas instituições nacionais. São explorados exemplos concretos de diálogos interinstitucionais no Brasil, visando compreender as dinâmicas, as tensões e os avanços no processo de deliberação institucional.

Ao se debruçar sobre a obra de Conrado Hübner Mendes, pretende-se contribuir para o avanço do conhecimento sobre a teoria de diálogos interinstitucionais e suas implicações para a democracia constitucional. A análise crítica dessa obra proporcionará uma compreensão mais aprofundada dos temas abordados, enriquecendo o debate acadêmico sobre a relação entre direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Nos capítulos seguintes da dissertação, essa teoria será analisada a partir de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, observando como foi utilizada pela Corte em decisões específicas escolhidas para o estudo.

2.1 A democracia constitucional e suas instituições

No entendimento de Mendes (2011, p. 204), a democracia não pode ser restringida à eleição de representantes e à tomada de decisões por meio de procedimentos formais. Em vez disso, a democracia deve ser vista como um processo contínuo de deliberação pública, no qual os cidadãos têm a oportunidade de discutir e influenciar as decisões políticas a serem tomadas.

O autor tampouco entende que a democracia é um processo linear, onde as decisões são tomadas de forma objetiva e racional. A democracia é um processo que envolve uma série de conflitos e negociações, onde as decisões políticas são frequentemente influenciadas por fatores externos, tais como interesses corporativos, poder econômico e pressão popular.

Desse modo, a democracia requer uma constante negociação entre diferentes grupos e interesses, bem como demanda um compromisso com a transparência e a

prestação de contas por parte dos governantes. Em resumo, o autor argumenta que a democracia não é apenas uma forma de tomar decisões, mas também um processo contínuo de engajamento cívico e de participação popular na construção das políticas públicas.

Assim também é a separação de poderes e a deliberação interinstitucional. Tais conceitos não são estáticos e imutáveis, ao contrário, são dinâmicos, evoluem à medida que as sociedades mudam. Desse modo, as instituições devem ter a capacidade de adaptar-se às demandas e mudanças sociais. Tal ajuste é denominado por Mendes (2011, p. 210) de “reatividade política”. Nesse contexto, as instituições, especialmente o Poder Judiciário, precisam ser capazes de reagir e se adaptar às mudanças, mantendo a sua legitimidade diante das flutuações. Para isso, o autor defende a importância de acomodações prudenciais, ou seja, de decisões políticas que levem em consideração as circunstâncias específicas e as necessidades da sociedade, sem abandonar os princípios fundamentais do Estado de Direito e da democracia.

As acomodações prudenciais (MENDES, 2011, p. 184) referem-se às decisões tomadas pelas instituições políticas que buscam encontrar um equilíbrio entre os diferentes interesses e valores em jogo. Essas acomodações podem ser necessárias para garantir que as instituições políticas sejam capazes de agir efetivamente em situações de conflito. As flutuações de legitimidade dizem respeito à variação da confiança que os cidadãos têm nas instituições políticas. A legitimidade das instituições políticas não é um dado constante, mas algo que pode flutuar ao longo do tempo, dependendo das ações e decisões tomadas pelas instituições.

O autor destaca ainda que a reatividade política não deve ser confundida com falta de princípios ou oportunismo político, mas sim como uma estratégia necessária para a manutenção da legitimidade das instituições em um contexto de mudança e incerteza. Assim, a reatividade política deve ser entendida como uma virtude necessária das instituições em um contexto democrático, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito e da democracia (MENDES, 2011, p. 186).

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são componentes essenciais da democracia, e que a sua efetivação depende da tomada de decisões políticas. Mendes (2011, p. 161) defende que a tomada de decisão em relação aos direitos fundamentais envolve quatro questões centrais: quem decide, como decide,

quando decide e por que decide. Quanto à questão de quem decide, o autor argumenta que o poder de tomar decisões em relação aos direitos fundamentais deve estar distribuído entre várias instituições e agentes, de modo que não haja concentração de poder em uma única entidade. Isso implica a necessidade de uma reforma no sistema de freios e contrapesos, assim como o da separação de poderes (MENDES, 2011, p. 178-179).

No que se refere à questão de como se decide, o autor aponta para a importância do diálogo interinstitucional e da deliberação pública como mecanismos para a tomada de decisões em relação aos direitos fundamentais. Segundo Mendes, o diálogo e a deliberação são necessários para garantir que as decisões sejam tomadas de maneira democrática e participativa, e para permitir que diferentes perspectivas e interesses sejam levados em consideração.

Em relação ao quando se decide, o autor destaca que as decisões em relação aos direitos fundamentais podem ser tomadas em diferentes momentos, desde o momento da elaboração das leis até o momento da aplicação dessas leis (MENDES, 2011, p. 183-184). Ele argumenta que é importante considerar a temporalidade das decisões e garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos em todas as fases do processo decisório.

Por fim, em relação à questão de por quê se decide, o autor destaca a importância da justificação das decisões em relação aos direitos fundamentais. Mendes (2011, p. 209) defende que as decisões devem ser justificadas publicamente, com base em razões que sejam aceitáveis para todos os membros da sociedade, de modo a garantir a sua legitimidade democrática.

Assim, resta clara a complexidade envolvida na tomada de decisões em relação aos direitos fundamentais em um regime democrático, e a importância da distribuição de poder, do diálogo interinstitucional, da deliberação pública, da consideração da temporalidade e da justificação pública das decisões.

2.2 O controle de constitucionalidade judicial

Para Mendes (2011, p. 23), o controle judicial de constitucionalidade é um contrapoder, ou seja, um mecanismo que permite a revisão contínua das deliberações entre os poderes. Com essa concepção busca-se permitir uma efetiva proteção dos direitos fundamentais e a manutenção do Estado Democrático de Direito. O controle

de constitucionalidade para o autor tem, portanto, uma função política fundamental na preservação da democracia e na limitação do poder estatal (MENDES, 2011, p. 26).

Assim, tal função não deve ser vista como uma “reserva de justiça”, pois esse conceito carrega a ideia de que a justiça é um poder exclusivo dos tribunais constitucionais (MENDES, 2011, p. 22).

Mendes (2011, p. 53) entende ser fundamental a criação de mecanismos que assegurem que o controle de constitucionalidade ocorra em conformidade aos princípios democráticos. Para que atinja tal consonância, entende que tal controle deverá, necessariamente, garantir a participação popular e a transparência das decisões. Tal construção deverá trazer equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da democracia, para que o controle de constitucionalidade não se torne um instrumento de judicialização da política ou de enfraquecimento dos poderes eleitos.

Outro ponto levantado pelo autor é a atuação constitucional do juiz. A decisão judicial é um ato comunicativo que exige a participação de diferentes vozes e argumentos, uma vez que não há uma única resposta correta para os problemas jurídicos. O diálogo no interior da decisão judicial se dará por meio da interação entre o juiz, as partes envolvidas no processo, os argumentos apresentados pelos advogados e pelas decisões de outros tribunais que trataram do mesmo assunto. Através e considerando todas essas vozes e argumentos trazidos no contexto, o juiz obterá capacidade e deverá elaborar sua decisão (MENDES, 2011, p. 193).

Portanto, Mendes (2011, p. 130-131) entende que a corte terá legitimidade de atuar em situações em que direitos fundamentais estejam em risco, visando a correção de falhas no processo democrático. Essa correção por sua vez deverá ser feita com cautela e parcimônia pois não poderá reprimir as prerrogativas das demais instituições, sob pena de sufocar a democracia e instaurar um estado de “juristocracia”. Assim, as decisões judiciais deverão respeitar os limites institucionais e processuais, para que realmente seja promovida uma efetiva deliberação entre as instituições, com estabilidade institucional e garantindo a proteção dos direitos fundamentais.

Para delimitar essa atuação do Judiciário em controle de constitucionalidade, o autor analisa alguns valores morais de prudência e legitimidade denominados como virtudes passivas e ativas (MENDES, 2011, p. 207). As virtudes passivas consistem numa abordagem para a atuação da corte no contexto da revisão judicial em que se

utiliza um conjunto de técnicas processuais por meio das quais a corte escolhe em alguns momentos não decidir e evita emitir uma opinião mais abrangente e definitiva sobre o caso em questão.

As virtudes passivas têm como objetivo principal estimular o diálogo, a deliberação e o colóquio na sociedade, abrindo espaço para que questões sejam debatidas publicamente e soluções de compromisso sejam buscadas antes de uma decisão final. Essas técnicas processuais ajudam a evitar uma imposição abrupta de regras rígidas pela corte, permitindo uma acomodação estável das mudanças sociais. O uso das virtudes passivas pressupõe uma postura cautelosa por parte da corte, que busca equilibrar as demandas de princípio com a necessidade de acomodação à realidade e às práticas enraizadas na sociedade. Elas são uma forma de exercer prudência, reconhecendo a complexidade do processo político e buscando evitar extremos e divisões na sociedade (MENDES, 2011, p. 108-109).

Nas virtudes passivas, a corte deve tentar persuadir em vez de coagir, buscando encontrar uma acomodação tolerável entre as demandas do princípio e da conveniência. Mendes (2011, p. 112-113) defende que, em algumas circunstâncias, pode não ser sábio interferir no processo democrático por meio de uma decisão rígida ou abrangente. Assim, a corte deve desempenhar um papel educativo como “professora da cidadania”, estimulando o colóquio com os outros poderes e a sociedade através da ponderação entre princípio e conveniência, decidindo apenas quando houver clara necessidade e quando esgotados os recursos de promoção do diálogo.

Esse colóquio tende a gerar uma pressão por ação legislativa que, não raro, é mais efetiva que uma ordem judicial inflexível, nos moldes de um decreto. A decisão deve ser a exceção; o exercício de virtudes passivas, a regra, um meio termo entre o judicialismo autoritário e a democracia. A corte deve ter sabedoria para deixar o colóquio decantar novos valores, e decidir somente quando a solução pareça uma decorrência natural desse processo. (MENDES, 2011, p. 113).

Mendes (2011, p. 207) critica as teorias maximalistas e minimalistas de controle constitucional. Quanto ao maximalismo do controle de constitucionalidade, o autor entende que essa visão coloca nas mãos do Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva de proteger os direitos fundamentais. Essa abordagem levaria, para Mendes (2011, p. 209), a uma excessiva judicialização da política e à concentração de poder em uma única instituição. Com relação à visão minimalista, percebe que esse

entendimento atribui aos tribunais um papel meramente passivo na proteção dos direitos fundamentais. Em sua visão, essa abordagem pode levar a uma sub proteção desses direitos e à exclusão de grupos vulneráveis que não têm voz suficiente no processo político.

Desse modo, o autor defende que deve haver um diálogo entre os poderes do Estado e a sociedade civil na tomada de decisões sobre os direitos fundamentais com a ponderação de virtudes passivas e ativas. Esse diálogo deve ser pautado pela busca da justiça e da equidade, levando em conta as diferentes perspectivas e interesses em jogo. O autor argumenta que o diálogo pode ser visto como um produto necessário da separação de poderes, pois cada poder do Estado tem sua própria perspectiva e expertise, e é por meio do diálogo que essas diferentes perspectivas podem ser integradas em uma decisão justa e legítima (MENDES, 2011, p. 131-132).

2.3 O processo de deliberação

A legitimidade do poder político deriva da vontade popular, a ser expressa por meio de eleições livres e justas, e da participação cidadã na formulação das políticas públicas. Essa capacidade dos cidadãos de governarem a si mesmos, através da participação nos processos políticos de tomada de decisão é denominada de autogoverno. Entretanto, tal situação não pode ser vista como um ideal inatingível ou infalível, ou seja, a tomada de decisões políticas não deve ser vista como fictícia e por isso não é isenta de erros sendo possível portanto, que tais deliberações cometam equívocos. O direito ao erro, portanto, é um aspecto intrínseco para o exercício pleno do autogoverno e é uma garantia fundamental dos cidadãos (MENDES, 2011, p. 165-171). Assim afirma:

A Constituição, enquanto norma escrita, é um plano de voo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibragens. (MENDES, 2011, p. 186).

Em sociedades onde há maior medo de errar, existe uma tendência de conformismo político e uma maior falta de criatividade dos agentes na tomada de decisões que permeiam as políticas públicas. Em contrapartida, nas sociedades onde os atores políticos são incentivados a assumirem riscos e a experimentarem soluções

inovadoras, a democracia é beneficiada por ideias mais progressistas e uma maior participação cidadã na gestão pública (MENDES, 2011, p. 210).

O autor também destaca que o direito ao erro não é uma isenção de culpabilidade e de responsabilidade dos governantes pelas suas decisões. De modo reverso, o erro deverá ser reconhecido e corrigido através de mecanismos de *accountability*, com acesso a transparência, a prestação de contas e ao controle social. Dessa forma, a possibilidade de erro não justifica a negligência e tampouco deverá respaldar decisões arbitrárias. A falibilidade é, em verdade, um aspecto natural do processo democrático que deverá ser gerenciada de forma responsável e transparente (MENDES, 2011, p. 200).

Mendes relaciona ainda a história, as instituições e a teoria política normativa no contexto da democracia contemporânea. Ele defende que a teoria política normativa não pode ser dissociada da história e das instituições, por serem essenciais para compreender o funcionamento e o desenvolvimento das sociedades democráticas. A democracia é, desse modo, um produto histórico e institucional que resulta de uma série de lutas e conflitos sociais, e não apenas como um conjunto de princípios e valores abstratos.

Para o autor, as teorias políticas normativas que surgiram ao longo da história - desde a teoria contratualista de Hobbes e Locke até as teorias contemporâneas da justiça de Rawls e Habermas - são importantes para a compreensão da democracia, mas devem ser vistas como ferramentas analíticas, ou seja, como instrumentos para ajudar a entender os desafios que a democracia contemporânea enfrenta. Desse modo, Mendes não defende uma teoria política normativa específica, mas sim um diálogo constante entre as diferentes teorias buscando identificar suas limitações e fortalecer seus pontos fortes.

A teoria dos diálogos institucionais de Mendes (2011, p. 211-212) busca explicar como os atores políticos interagem e negociam em torno de questões institucionais em contextos de democracias plurais. Considerando as múltiplas instituições e atores políticos com distintos interesses e valores na sociedade, eles precisam ser reconciliados para garantir a estabilidade do sistema político. Essa reconciliação ocorre por meio de diálogos institucionais, que são espaços de interação entre atores políticos e judicial, objetivando trazer um equilíbrio entre as instituições e a sociedade civil. Assim, o diálogo interinstitucional é um elemento fundamental para a efetividade do sistema de separação de poderes e para a garantia da democracia.

O autor destaca que o diálogo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para a consecução dos objetivos constitucionais.

Mendes (2011, p. 212) argumenta que a existência de diálogos institucionais de qualidade é fundamental para o funcionamento democrático das sociedades plurais. Uma boa qualidade implica na existência de espaços de negociação inclusivos, transparentes e com regras claras, que permitam que todos os atores possam se expressar livremente e que haja um esforço conjunto para chegar a acordos justos e sustentáveis.

2.3.1 Os diálogos interinstitucionais

Em uma perspectiva de analisar o desempenho institucional como um todo, ou seja, analisar todos os trabalhos das instituições de modo amplo e conjunto, tem-se o que o autor denominou de diálogos interinstitucionais. Para ele, dizer que cabe à corte o papel negativo de constitucionalidade e ao legislativo o papel propositivo de constitucionalidade “passa longe de como o fenômeno efetivamente ocorre” (MENDES, 2011, p. 206).

Os direitos são vistos por perspectivas diferentes entre o legislativo e o judiciário e, quando o primeiro trata de “argumentos de princípio”, a divisão de poderes se torna ainda mais nebulosa, sendo necessário uma autocompreensão mais apurada de cada poder sobre seu papel. A capacidade institucional de um ou de outro não é tão nítida. O objetivo de tais diálogos é, conforme Mendes (2011, p. 203): “[...] evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação da política”.

Mendes (2011, p. 207-208) entende que o papel judicial é predominantemente reativo, fazendo com que o legislador revise eventuais contradições advindas de seus atos. Entretanto, a corte pode modular a extensão de sua intervenção a partir do desempenho do parlamento, indo além de um mero “suplemento à competição”. A corte deverá fazer um juízo de ocasião, uma análise prudencial do contexto a ser analisado especificamente a cada caso. Desse modo, a decisão judicial transcende o juízo binário de constitucionalidade. O autor assim entende “saber quanto e quando decidir, encontrar um espaço do meio que evite o excesso e a timidez é um desafio que a corte terá de resolver caso a caso” (MENDES, 2011, p. 207) e complementa sugerindo que através da prudência a corte module as virtudes ativas e passivas.

O tribunal deverá catalisar debates qualificados sobre direitos nas esferas formais e informais da política. O que a legitima a assim atuar é o bom argumento. Assim, para evitar o mal-entendido de impasses, vácuo e paralisia de um possível “todos podem decidir tudo todo o tempo” (MENDES, 2011, p. 208) a última palavra ainda tem seu papel, apesar de sua importância ter sido diminuída pela inevitabilidade da resposta ao longo do tempo e pela capacidade de ser o dissenso reduzido pelo mútuo respeito e deferência. A deliberação não deve ser utilizada para impor uma determinada decisão, mas sim para conquistar tal decisão. Afirma Mendes:

Torna-se possível, assim, pensar na legitimidade de cortes e parlamentos de maneira contextual e comparativa. Legitimidade política é um predicado institucional volátil, que dependerá, em parte, dos resultados, e não somente das credenciais prévias. É uma meta a ser conquistada e conservada, a cada decisão. Esboçar uma escala de critérios qualitativos que permitam mensurá-lo é, nesse sentido, uma tarefa fundamental da teoria democrática. O desempenho deliberativo pode ser o princípio regulador das oscilações entre corte e parlamento. (MENDES, 2011, p. 204).

Assim, Mendes (2011, p. 209) traz dois “tipos-ideais” de interação interinstitucional, que são classificados a partir de duas atitudes: a interação por deliberação e a interação adversarial. A primeira é baseada na ideia de que as tomadas de decisão devem ocorrer entre pessoas que possuem valores e interesses diferentes, porém, buscam chegar a um consenso racional. Nesse modelo, o diálogo é visto como um processo de aprendizagem mútua, no qual os participantes expõem seus argumentos e buscam entender as perspectivas do outro. Já a segunda pressupõe que o diálogo deve ocorrer entre partes que possuem interesses conflitantes e defendem posições opostas. Nesse modelo, o diálogo é visto como uma disputa de argumentos, no qual cada parte busca persuadir a outra e defender sua posição.

Para Mendes, ambos os modelos possuem potencial epistêmico, ou seja, podem levar a uma compreensão mais profunda e acurada do tema questionado. O modelo deliberativo permite a troca de informações e argumentos entre os participantes promovendo um aprendizado mútuo e uma construção coletiva de soluções. Já o modelo adversarial permite uma análise mais competitiva dos argumentos apresentados, pois tende expor falhas e limitações de cada posição, através de uma sobreposição e contestação de entendimentos.

Ao ver do autor, o modelo deliberativo tem maior capacidade epistêmica pois se o legislativo e/ou o judiciário levarem em conta os argumentos apresentados entre

si para deliberarem, desafiando mutuamente quando entenderem possuir uma melhor alternativa de decisão, a possibilidade desta resposta ser mais criativa e adequada que em um modelo adversarial é latente. Isso porque, conforme afirma:

Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando considerarem que tem uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial. (MENDES, 2011, p. 210-211).

Assim, no diálogo deliberativo não se pretende estabelecer uma verdade única, estável e a-histórica, mas uma decisão possível, com prováveis imperfeições. Assim, é entendido que a possível falibilidade institucional é preferível à inércia amparada na busca da absoluta certeza (MENDES, 2011, p. 211).

Duas características essenciais do modelo deliberativo de Mendes (2011, p. 211) são o autoaperfeiçoamento e a provisoriedade da última palavra. Isso faz com que o tempo e o inerente desenvolvimento da sociedade não sejam mais considerados como um limitador para a deliberação interinstitucional, mas sim como fatores necessários para atingir a máxima capacidade epistêmica. Desse modo, Mendes relaciona a democracia a um “café filosófico” pois apesar de precisar de tomar decisões, há o ônus de busca da melhor resposta.

Desse modo, o diálogo interinstitucional proposto por Mendes é essencialmente deliberativo, onde a corte deve simbolizar um esforço contramajoritário capaz de discernir bons e maus argumentos, qualificando a competição epistêmica.

A dimensão deliberativa aponta para uma demanda mais densa de legitimidade, que não se limita a uma mera certificação procedimental. Torna a paisagem democrática mais variada. Não se limita a um retrato frio e inosso de uma coletividade tomando decisões, pura e simplesmente. Mostra os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva. (MENDES, 2011, p. 212).

Conforme o autor defende, haverá interação entre os poderes em toda democracia que adotar o sistema de separação de poderes. Cabe, portanto, averiguar qual a interação adotada em cada um deles, se deliberativa ou adversarial. Entretanto, percebe-se em seu estudo que a interação deliberativa é mais benéfica quando comparada à interação adversarial pura. Isso porque apesar de não necessariamente ser prejudicial, a segunda desperdiça o potencial epistêmico das instituições (MENDES, 2011, p. 211).

Mendes (2011, p. 212) entende que, embora não seja possível eliminar completamente as imperfeições da justiça procedimental, é possível aumentar a probabilidade de a democracia produzir decisões adequadas através da interação deliberativa. Assim, ainda que haja a possibilidade de cometer erros, essa interação maximiza a probabilidade de tomar decisões acertadas.

Isso confere à revisão judicial uma nova função. Ela deixa de ser vista apenas como uma barreira para conter decisões ruins e passa a ser um mecanismo para promover as melhores decisões. Assim, ela passa a ter legitimidade de desafiar o sistema político a buscar uma qualidade superior na tomada de decisões e não apenas de servir apenas como um recurso para proteger a sociedade de decisões políticas baseadas em pânico ou irracionalidade (MENDES, 2011, p. 212).

Com essa nova função, a Corte passa a ser vista como um catalisador deliberativo, representando uma tentativa de transformar a democracia em um regime que não apenas diferencie maiorias de minorias, que organize a competição política periodicamente ou selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas que também tenha a capacidade de distinguir argumentos bons e ruins. Essa abordagem não exclui a competição política, mas a qualifica, permitindo que as decisões sejam baseadas em fundamentos mais sólidos e consistentes. Afirma Mendes:

A corte pode ser um catalisador deliberativo. Simboliza um esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estructure a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso não exclui a competição, mas a qualifica. (MENDES, 2011, p. 212).

A dimensão deliberativa da democracia indica a necessidade de uma legitimidade substancialmente mais densa, que vai além de uma simples análise de autoridade dos procedimentos adotados. Essa dimensão diversifica a paisagem democrática, aumentando a pluralidade de perspectivas e opiniões representadas na tomada de decisões políticas. Como o próprio autor afirma:

A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de melhor de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz a vibração do regime. Implanta uma pressão por consistência. (MENDES, 2011, p. 203-204).

A conclusão é que a interação interinstitucional deliberativa induz as decisões

judiciais ou políticas a deixarem de ser um “retrato frio e inosso de uma coletividade tomando decisões” (MENDES, 2011, p. 212), tendo em vista que tal procedimento revela o processo de construção da decisão à sociedade, ressaltando os pressupostos e as condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva.

2.4 O processo de deliberação institucional no Brasil

Como tratado em tópico anterior, Mendes (2011, p. 213) propôs o desempenho deliberativo guiado pela razão pública como métrica para a construção de uma separação de poderes com potencial epistêmico. A corte e o parlamento possuem ônus argumentativos que, se não atendidos, legitimam a atuação do outro. A legitimidade não se esgota no procedimento, mas abrange o conteúdo das decisões considerando as oscilações e funções cambiantes.

O autor defende em sua teoria que a interação deva ocorrer de modo deliberativo e não adversarial, onde o lapso temporal deve ser considerado à sustentabilidade dos valores de um estado de direito, através da prudência, conforme trecho abaixo:

[...] defendi o tipo deliberativo (ou não adversarial) de interação. Quanto ao lapso temporal ideal, sustentei que valores do estado de direito devem ser sopesados com prudência nesse cálculo pragmático. (MENDES, 2011, p. 213).

E complementa:

Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma ‘cultura da justificação’ para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de ‘reatividade política’, em que o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial. (MENDES, 2011, p. 210).

Tendo o processo deliberativo como ideal, onde a sequência da decisão judicial é natural, Mendes (2011, p. 214) ressalta que no Brasil os ganhos cognitivos trazidos pela interação através dos diálogos interinstitucionais ainda são pouco conhecidos no diálogo constitucional. Isso porque há uma aceitação “tranquila” do STF como guardião da Constituição (MENDES, 2011, p. 214).

Desse modo, para que o diálogo interinstitucional brasileiro se torne efetivamente deliberativo, com alto potencial epistêmico e com maior chance de melhores decisões democráticas, a comunidade jurídica deverá incorporar o caráter fluido da separação de poderes em sua inteligência constitucional (MENDES, 2011, p. 216-217).

Ressalta-se que na proposta teórica estudada (MENDES, 2011, p. 213, 214) as funções das instituições deixam de ser separadas como uma solução heterogênea, assumindo funções maleáveis que levam em consideração a instituição que traduziu a melhor solução no momento. Desse modo, o constitucionalismo brasileiro deverá retirar do Supremo Tribunal Federal o papel de “guardião da Constituição” detentor da última palavra.

Para isso, o desafio legislativo às decisões judiciais como parte inerente e legítima do processo de interpretação constitucional e de essência democrática deverá ser assumido (MENDES, 2011, p. 216). Da mesma forma, a atuação ativista da corte deverá ser admitida, principalmente quando houver necessidade de “catalisar debates bloqueados no parlamento” (MENDES, 2011, p. 226). Assim sustenta Mendes:

A corte pode testar seu espaço e estimular reações que, mesmo contrárias, têm o potencial de criar um ônus de razão pública sobre o parlamento, que será obrigado a destampar a suposta neutralidade do status quo. Desafiar, prudentemente, o parlamento deliberar nem sempre corresponde a uma ação ilegítima. Na separação de poderes, funções são cambiantes (MENDES, 2011, p. 232).

2.4.1 A retórica dos guardiões - entrincheirado e acanhado

O controle de constitucionalidade brasileiro possui um significativo papel de contrapoder capaz de amansar decisões políticas majoritárias (MENDES, 2011, p. 216). Em entendimentos mais restritos do arranjo institucional brasileiro, a revisão judicial serve como um sinalizador ao legislador, sendo de “atenção” quando se faz em lei ordinária e de “pare” quando em emendas. Na segunda situação, o legislador apenas poderá contrariar a decisão judicial se romper com a ordem constitucional. Nessa concepção o STF tem o “direito de errar por último”. Tal situação reduz o potencial epistêmico da decisão e se traduz em uma deliberação adversarial negativa, onde o objetivo é declarar um poder ganhador e o outro perdedor.

Há pouco espaço para “persuasão interinstitucional”. Para isso, o argumento considerado como “última palavra” seria aquela de maior autoridade. No caso do Poder Legislativo, ele apenas poderia sobrepor ao entendimento judicial através de emenda constitucional. E esta, ainda sim, poderia ser revisitada judicialmente, causando um paroxismo da jurisdição constitucional (MENDES, 2011, p. 216).

Entender o Supremo Tribunal Federal como o detentor fixo da última palavra definitiva é dar ao Tribunal uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça democrática. Tal ônus é entregar uma responsabilidade olímpica e solitária de salvar o Brasil das demais instituições o qual não é capaz de suportar (MENDES, 2011, p. 217).

Essa é a “retórica do guardião entrincheirado”, um conceito cunhado por Mendes que se refere à tendência de certos grupos ou indivíduos que ocupam posições de poder em instituições, como tribunais ou outras agências governamentais, de se sentirem os guardiões exclusivos da verdade e da justiça, e, portanto, de resistirem a qualquer crítica ou questionamento de suas decisões. Eles se enxergam como os únicos guardiões da Constituição e, portanto, possuidores da autoridade de definir os direitos fundamentais e tomar decisões políticas importantes sem considerar as opiniões divergentes ou o diálogo com outros poderes (MENDES, 2011, p. 165).

Essa retórica é caracterizada por um discurso autoritário e dogmático, que nega o valor do diálogo e da deliberação, e que se recusa a reconhecer que outras perspectivas podem ser igualmente legítimas. Conrado Hübner Mendes argumenta que essa atitude pode minar a legitimidade das instituições em questão e, por consequência, enfraquecer a democracia como um todo. A “retórica do guardião entrincheirado” é, portanto, um obstáculo à busca da justiça tendo em vista que as decisões perdem seu potencial epistêmico e se tornam disputas de autoridade e ego (MENDES, 2011, p. 214-215).

A “retórica do guardião entrincheirado” é bastante encontrada em manuais e decisões judiciais brasileiras. Para Mendes (2011, p. 217-218), tal visão pressupõe uma superioridade judicial no juízo moral e produz o guardião acanhado, inibindo que o legislador cumpra seu papel na interpretação constitucional. Gera uma falsa sensação de “supremacia da Constituição” onde, na realidade, é uma supremacia judicial e uma juristocracia.

Ao assumir a função heroica de guardião da Constituição, o STF gera ainda uma consequência contraintuitiva, a do “guardião acanhado”. O legislador torna-se

isento de função interpretativa constitucional. Essa cultura dificulta a possibilidade de uma lei desafiar uma decisão judicial, prejudica o enriquecimento deliberativo e empobrece a interpretação democrática da Constituição. No Brasil, têm-se uma cultura de dar ao STF a última palavra sobre direitos fundamentais e em questões constitucionais em geral. Mendes (2011, p. 218) inclusive aponta que o ministro aposentado Celso de Mello é um dos defensores do monopólio judicial da última palavra em temas constitucionais.

Desse modo, a conclusão do autor é que a cultura constitucional brasileira, em sua grande maioria, reconhece o STF como a autoridade suprema e exclusiva responsável por interpretar a Constituição, o que desencoraja, protege e isenta, simultaneamente, o legislador de confrontar o judiciário com novos argumentos. Sob essa perspectiva, quando o STF toma uma decisão, o processo se encerra. Raramente a decisão judicial é considerada como um evento singular dentro de uma corrente ou estágio de um processo mais amplo (MENDES, 2011, p. 219).

2.4.2 A teoria de diálogos interinstitucionais no Brasil

A Constituição da República de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal a reserva da última palavra provisória não apenas para o controle de leis, mas também para o controle de emendas constitucionais. Isso garantiu à Corte um extenso papel na interpretação constitucional brasileira, já que a base substantiva do controle de constitucionalidade ultrapassa a mera análise de direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 215-216).

Mendes (2011, p. 216) ressalta que, assim como o STF não decide se não for provocado, a emenda não deve ser a única opção de o legislativo reagir a leis declaradas inconstitucionais pelo judiciário. O legislativo pode criar uma lei ordinária ligeiramente modificada, ou idêntica considerando os apontamentos da decisão judicial e fundamentando o seu entendimento por uma deliberação mais intensa. O autor informa que tal possibilidade inclusive já foi reconhecida em jurisprudência da Corte Constitucional como no Agravo Regimental da Reclamação 2.617 de Minas Gerais (MG) em 2005 e na Medida Cautelar da Reclamação 5.442 em 2007.

Assim, apesar da Constituição ter expressamente concedido ao STF o poder da última palavra provisória, essa não deve ser confundida com última palavra definitiva (MENDES, 2011, p. 217). Tal desenho procedimental tem um custo que

deverá ser ponderado pela Corte ao manifestar-se ou abster-se. Um diálogo interinstitucional com amplo poder epistêmico e deliberativo é aquele que entende que tanto STF quanto o Congresso possuem atribuições ativas e passivas, com demandas que serão deliberadas interinstitucionalmente. Assim, Mendes defende um tribunal comedido, participante de um processo interinstitucional e ativista diante de um bom argumento e que não vê na reação legislativa uma afronta, conforme segue:

Nesse sentido, defendo ser preferível um tribunal comedido e modesto na retórica, que se enxerga como participante de um processo interinstitucional de construção do significado da constituição e que não se intimida com ser ativista quando detentor de um bom argumento, a um tribunal verborrágico, mas pouco corajoso no desafio ao legislador. [...] [O STF] Pratica o ativismo não para se impor, mas para provocar reações. Desafia a outra instituição a buscar um melhor argumento, não a se calar e obedecer. Faz menos alarde. E pode vir a ser mais bem-sucedido na promoção de direitos. Não vê nos fenômenos da resposta legislativa, da construção coordenada, da cooperação etc. afrontas à sua autoridade. (MENDES, 2011, p. 215).

Mendes (2011, p. 220-222) demonstra cenários de diálogo e deliberação na jurisprudência brasileira. Inicialmente as demandas constitucionais são divididas em quatro pautas, sendo elas reprimidas, estabilizadas, congeladas ou aquecidas. Ressalta-se que em uma deliberação ótima as demandas constitucionais deverão estar classificadas entre pautas aquecidas e estabilizadas, uma vez que as pautas congeladas e reprimidas revelam geralmente alguma patologia institucional.

A “pauta reprimida” é um “laboratório de interpretação constitucional sem repercussão formal” (MENDES, 2011, p. 220), ou seja, não há um diálogo institucional ou deliberação pois nem os legisladores e nem a corte conseguiram ser acionados. A pauta estabilizada é, por sua vez, aquela que obteve decisões bem acomodadas com rodadas deliberativas. Não há mais debate, pois, as instituições chegaram em um acordo. A “pauta congelada” é aquela que está em estado de espera, diz respeito a um tema que foi provocado, mas por algum motivo está aguardando. Geralmente ocorre em situações que estão aguardando a decisão de outra instituição. A “pauta aquecida” é aquela que o tema ainda permanece em discussão, ainda está em processo de rodadas deliberativas. Pode se tornar uma pauta estabilizada ou ficar em permanente discussão. As pautas aquecidas e congeladas estão em claro diálogo institucional. As estabilizadas já tiveram o diálogo e chegaram a uma conclusão provisória (MENDES, 2011, p. 221).

Mendes (2011, p. 221) alerta que as pautas congeladas não podem ser

confundidas com inação institucional. A inação é uma pauta reprimida, onde apesar de exigida a resposta essa não ocorreu ou foi insuficiente. A omissão legislativa, por exemplo, é “resolvida” por mandado de injeção ou ação direta de constitucionalidade por omissão (MENDES, 2011, p. 222). O autor desconhece uma omissão de mérito do judiciário, pois a não decisão é um decidir não decidir. Os recursos que o judiciário possui para exercer a não decisão são: solicitar vista, incluir pauta de julgamento e decidir liminarmente em ação cautelar. Nesses casos, entretanto, Mendes (2011, p. 222-223) entende ser uma variável decisória necessária, pois seria um “uso construtivo do silêncio”, mas que deverá ser ponderada, para não se tornar uma manifestação de “guardião acanhado”.

Entretanto, há um vácuo teórico quando se analisa a maturação temporal no aspecto judicial (MENDES, 2011, p. 222-224). Ministros do STF, ao lançarem mão de algum recurso para postergar sua deliberação por motivo de imaturidade institucional, não consideram o escrutínio público ou sequer a deliberação em colegiado do tribunal. Não há instrumento formal para controlar a inércia do STF. Essa atitude é compreendida por Mendes (2011, p. 223) como “vício passivo” e trata-se de um mecanismo não deliberativo de evitar o problema e congelar a pauta constitucional, onde a responsabilidade de decidir de modo menos ruidoso é ignorada. Tal situação é agravada quando ocorre em pautas que não possuem repercussão expressiva, gerando um vício institucional ainda sem solução (MENDES, 2011, p. 224).

Atualmente há situações em que há interação interinstitucional entre os poderes Legislativo e Judiciário. O parlamento frequentemente reage às decisões do STF, e busca enfrentar os argumentos trazidos pela corte. Mesmo sendo um ritual de “verniz decorativo que encobre uma disputa de poder” (MENDES, 2011, p. 225), demonstra, aos olhos de Mendes, indícios de deliberação.

[...] não há diálogo quando uma instituição fala e a outra obedece etc. (*sic*)
 [...] a possibilidade de um diálogo mais claro pressupõe uma consistência decisória e um desempenho deliberativo que talvez o STF não tenha [...]
 (MENDES, 2011, p. 234).

Entretanto o autor defende que um legislativo que exerce um papel relevante na interpretação da Constituição é um legislativo que reconhece e estabelece as condições legítimas para fazê-la. Assim, possíveis decisões juriscêntricas do Supremo Tribunal Federal não devem acanhá-lo, mas instigá-lo a assumir sua função deliberativa (MENDES, 2011, p. 235).

2.5 Síntese da proposta teórica de Mendes

O diálogo é uma prática fundamental para a democracia deliberativa pois permite a construção de um consenso em questões de interesse público e o fortalecimento da legitimidade das decisões políticas. A intenção de Mendes é inserir a deliberação como uma variável dominante para conferir a legitimidade de decisões, onde os parlamentos e as cortes possuem legitimidade ativa para se engajar nos diálogos, podendo optar por esperar, ou decidir de modo mais ou menos expansivo, a depender da qualidade de sua argumentação.

O autor entende que devemos considerar que os critérios de legitimidade da democracia não se limitam apenas ao processo, mas também aos resultados dele obtidos. Desse modo, há hipóteses onde “passa a ser aceitável que a substância subordine [...] o procedimento” (MENDES, 2011, p. 194). Ou seja, é admissível que independente do *pedigree* democrático, uma instituição que tenha alcançado uma resposta mais compatível a um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer. Desse modo, o autor sustenta que é desejável que as instituições se desafiem desde que possuam razões de melhor qualidade e, apesar de reconhecer a necessidade da autoridade, a democracia será beneficiada se a “razão pública estimular o desafio deliberativo entre poderes” (MENDES, 2011, p. 195).

Em uma sociedade, que inerentemente possui opiniões diversas sobre um mesmo tema, a única saída para uma estabilidade institucional democrática é, na visão de Mendes, “encontrar uma base pública de justificação das ações políticas que seja aceitável em meio ao pluralismo” (MENDES, 2011, p. 196). Assim, a razão pública deverá nortear toda deliberação, que será legítima possuir elementos constitucionais e de justiça básica. É uma moldura necessária que baliza e limita a deliberação a qual não deverá ser ultrapassada com a finalidade de impor uma “verdade completa”.

Antes de trazer como seria esse ideal deliberativo, o autor ressalta que não há uma “encruzilhada binária” entre corte e parlamento (MENDES, 2011, p. 202). Não há uma soberania de um poder sobre o outro, mas um jogo interativo rico e complexo. Mesmo que toda e qualquer decisão seja sujeita a falhas, o esforço institucional permanece válido. Ao invés de estabelecer uma legitimidade de última palavra fixa, Mendes (2011, p. 203) propõe uma demanda mais forte de diálogos que, ao ser efetivamente empregada na prática decisória, traria ganhos aos desenhos institucionais. Não há em seu modelo um guardião entrincheirado ou um legislador

acanhado e deferente, mas sim dois poderes engajados na persuasão que divergem e se desafiam, mas não se desrespeitam.

A separação dos poderes em seu entendimento é vista como uma lógica flexível, que varia ao longo do tempo já que a legitimidade política é para o autor “predicado institucional volátil, que dependerá, em parte, dos resultados e não apenas das credenciais prévias” (MENDES, 2011, p. 204). Tal legitimidade é uma meta, uma finalidade que deve ser conquistada a cada decisão. É definida por uma escala de critérios qualitativos que deverá ser mensurada pela teoria democrática e que será o regulador entre corte e parlamento.

Assim, a separação dos poderes é respeitada por esses intensos diálogos, de vez que tais rodadas procedimentais buscam maximizar os desenhos deliberativos. A busca pelo melhor argumento traz vitalidade e vibração à democracia, é uma pressão por consistência que busca mensurar a capacidade de uma rodada permanecer válida após desafiada. É, na opinião de Mendes (2011, p. 204) trazer a tensão entre forma e substância para o centro do arranjo constitucional. Conclui que a instituição que tiver o melhor desempenho deliberativo se sobressairá na competição pelo melhor argumento e “ganhará” legitimidade para desafiar a outra.

Em termos práticos, a última palavra deverá ser substituída pela última palavra provisória para que a demanda seja devidamente solucionada, mas garantindo a possibilidade de uma nova rodada procedimental. Desse modo, em uma perspectiva temporal, as decisões sempre poderão ser revistas por argumentos de qualidade. A tendência é que com o passar das rodadas procedimentais os poderes vão entrando em acordo por meio de concessões recíprocas (MENDES, 2011, p. 205). Especula o autor que, em uma situação-limite, onde há uma circularidade de rodadas procedimentais infundáveis, a abdicação judicial seria uma defesa normativa possível, pois garante ao parlamento o benefício da dúvida. Esse é o desempenho deliberativo na perspectiva intrainstitucional, que considera cada separadamente as contribuições dadas por cada uma das instituições. O desempenho deliberativo interinstitucional ocorre por sua vez, quando há uma produção em conjunto entre as instituições. É esse segundo desempenho deliberativo que interessa a proposta teórica de Mendes.

A proposta teórica trazida por Mendes (2011) é um desenho institucional onde a corte não age imperialmente, mas como um catalisador, que suplemente e fomente a competição pelo melhor argumento. Onde sua intervenção fará um juízo de ocasião do desempenho do parlamento, onde virtudes ativas e passivas serão moduladas

através da prudência. Haverá rodadas deliberativas permanentes em matéria de direitos fundamentais, visando assim a maximização de sua capacidade epistêmica. O tempo em sua proposta é um elemento central que não limita, mas garante um processo constitucional coletivo e uma democracia mais rica e densa.

Para isso, é necessário que a Constituição seja vista como um processo político conflituoso de permanente diálogo entre as instituições, onde a razão pública é um critério de justiça que fomenta argumentação moral da qual a democracia não pode abrir mão.

2.5.1 Críticas à proposta teórica de Mendes

Com a publicação da proposta teórica de Mendes, juristas lançaram mão da obra “Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação” para desenvolvimento de suas respectivas pesquisas. Alguns dos autores foram Miguel Gualano de Godoy, em sua obra “Devolver a Constituição ao Povo - Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais”, publicada em 2017, Rodrigo Brandão, na obra denominada “Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais”, publicada a primeira edição em 2011 e Luciana da Silva Costa, em sua tese “A Revisitação do princípio da Separação de Poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira”, defendida em 2014 e publicada em 2015 no banco de teses da Universidade de São Paulo.

Na obra “Devolver a Constituição ao Povo - Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais” de 2017, Godoy (2017, p. 163-164) entende, assim como Mendes que a interação entre as instituições não é uma escolha ou possibilidade, mas um fato incontestável a longo prazo.

Ambos entendem que Constituição é, para além de um conjunto normativo, um arcabouço de interpretação viva, que tem seu significado e objetivo construído e reconstruído todos os dias pela atuação dos mais diversos espectros da sociedade, e principalmente pela atuação de cada uma das instituições da República. É um documento com menor teor técnico e rígido e maior potencial epistêmico e democrático (GODOY, 2017, 164-165).

A teoria dos diálogos interinstitucionais é aquela que entende a legitimidade de atuação das instituições na capacidade hermenêutica dos melhores argumentos. Não se funda em um mero exercício formal de competência, mas sim no potencial

deliberativo de suas razões.

Ao fazer da Constituição um documento menos técnico, mais próprio da iniciativa popular e menos dos juízes, das cortes e dos representantes, as instituições passarão a dialogar não apenas entre si, mas também com o povo. Cria-se um constitucionalismo com decisões fundamentadas em razões públicas com maior aceitação e respeito de todos.

Assim, a teoria dos diálogos interinstitucionais recorre ao povo, à democracia para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade das decisões. Nesse sentido, a dinâmica dialógica apresentada e defendida por Mendes e referendada por Godoy é essencialmente arrimada em uma percepção deliberativa de democracia, pois, apenas a partir dela que as instituições alcançam a legitimidade da decisão. O diálogo é, portanto, produto da tensão entre empirismo e normativismo.

No contexto brasileiro, Godoy entende que a Constituição institui “cenário político e normativo bastante propício ao diálogo institucional e social, mas que ainda está preso a posturas e discursos de supremacia e última palavra” (2017, p.173). Nesse sentido, Godoy (2017) avança à teoria de Mendes ao observar que no Brasil as audiências públicas, a admissão de *amici curiae*, a participação e escuta dos responsáveis pela elaboração das leis ou normas, são exemplos de ferramentas de inovação democrática com alto potencial deliberativo.

Entretanto, ressalta que essas ferramentas ainda não têm sido empregadas de maneira verdadeiramente dialógica, pois são reiteradamente utilizadas como um momento processual meramente protocolar. Desse modo, Godoy (2017, p. 175) prefere encarar de forma crítica e cética os “diálogos institucionais” atualmente praticados pela jurisdição brasileira. Isso porque, em seu entendimento, o STF utiliza-se de tais ferramentas dialógicas como “uma inovação democrática em um sistema institucional destinado a limitar os diálogos, não promovê-los.” Ademais, entende que:

É necessário que o Supremo Tribunal Federal reconheça e promova o debate em todas as diferentes fases que envolvem o julgamento do caso, notadamente a fase pré-decisional, a fase decisional e a fase pós-decisional. A fase pré-decisional é aquela em que deve ocorrer um debate e um diálogo entre a corte e os outros Poderes, instituições e povo. A fase decisional é aquela em que deve ocorrer um debate entre os próprios Ministros julgadores e a fase pós-decisional é aquela em que o debate será realizado a partir da decisão e dos argumentos que a fundamentaram. (GODOY, 2017, p. 236).

Desse modo, Godoy conclui que o Supremo Tribunal Federal se vale de instrumentos dialógicos, mas não é uma instituição dialógica, e que deve aprimorar

sua atuação. O autor avança ao estudo teórico de Mendes, ao analisar ferramentas de potencial deliberativo inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, além de estabelecer momentos específicos em que o Judiciário deverá dialogar com as demais instituições e com o povo, para que assim haja a supremacia democrática, não judicial.

A obra “Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais de Rodrigo Brandão” teve sua primeira edição contemporânea à publicação da proposta teórica de Mendes, tendo sido ambos publicados a primeira edição em 2011. Desse modo, Brandão utilizou a Tese de Doutorado de Mendes (precursora da obra aqui analisada) na elaboração de seu livro. Entretanto, a proposta de Mendes não estava completa, na edição do respectivo livro, impossibilitando ao ver dessa autora, um diálogo mais incisivo entre obras.

Apesar de não apresentar críticas específicas à proposta teórica trazida por Mendes, muito porque ela ainda não havia se consolidado, Brandão conversa com Mendes ao entender a pluralidade interpretativa traduz em um modelo de deliberação potencialmente mais inclusivo e deliberativo do que a atribuição da “última palavra” sobre a Constituição de qualquer autoridade, por mais confiável que seja ela.

O “diálogo constitucional” para Brandão (2017, p. 276) é “uma ‘metáfora ubíqua’ para designar as interações entre o Judiciário e os poderes políticos sobre a interpretação da Constituição”. A pluralidade interpretativa defendida por Brandão mantém a “última palavra” no âmbito específico das atribuições de cada instituição, inviabilizando uma anarquia institucional.

Assim, “a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública” (BRANDÃO, 2017, p. 357). Esse diálogo garante a “circularidade procedimental” para Brandão e as “rodadas procedimentais” de Mendes. A Constituição torna-se um processo interativo em busca da decisão mais qualificada com maior consenso político e segurança jurídica (BRANDÃO, 2017, p. 356-357).

Para isso, Brandão (2017, p. 267) ressalta que a democracia deliberativa aceita a pluralidade de formas de interação institucional. Entre as principais tendências das teorias sobre os diálogos constitucionais são as empíricas e normativas. A primeira é baseada em teorias empíricas que sustentam que a prática da interação entre os órgãos estatais, bem como entre eles e a opinião pública, demonstra que o Judiciário não possui a palavra final na interpretação constitucional. Para Brandão, essas teorias

destacam que a interação e o diálogo entre os poderes e com a sociedade revelam que outras instâncias também desempenham um papel importante nesse processo.

Já a segunda perspectiva entende que em teorias normativas, o Judiciário não deve ter a palavra final na interpretação constitucional, tendo em vista os riscos trazidos de causar sérios danos à democracia, à separação dos poderes e a uma análise realista das capacidades institucionais. Nesse entendimento, atribuir ao Judiciário um poder supremo de interpretação constitucional pode gerar uma concentração excessiva de poder e minar a legitimidade democrática, impedindo a participação ativa dos demais poderes e da sociedade na formulação das políticas públicas. Desse modo, para Brandão:

[...] é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito um desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja 'supremo', mas antes que cada um dos departamentos estatais contribua para a solução da controvérsia constitucional com a sua específica capacidade institucional. Como visto os modelos dialogais se inspiram na tradição da separação de poderes como freios e contrapesos, onde nenhum dos departamentos estatais tem a última palavra sobre todas as questões politicamente controvertidas. (BRANDÃO, 2017, p. 354-355).

Brandão conversa com as premissas da proposta teórica trazida por Mendes. Ambos entendem que um modelo deliberativo garante um maior autogoverno do povo e promove os direitos fundamentais. Ao possibilitar maior acesso aos interessados nas discussões constitucionais, há a aproximação do povo na esfera política, reduzindo a possibilidade de atuação unilateral das instituições e de cometimento de arbitrariedades pelo poder estatal em detrimento dos direitos individuais.

Brandão (2017, p. 357) entende que “a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública”. Em contrapartida, essa provisoriedade da última palavra, não deve ser utilizada para desfazer decisões judiciais transitadas em julgado, sob pena de insegurança jurídica e a tirania institucional. Assim, Brandão aproxima-se de Mendes ao entender que:

Em síntese, o sentido futuro da Constituição não pertence a qualquer instituição política, mas se revela em uma 'dança institucional' em que leis, emendas constitucionais, decisões judiciais, manifestações informais da opinião pública e mecanismos de consulta popular interagem de forma complexa. (BRANDÃO, 2017, p. 407).

Desse modo, resta claro que ambas as obras conversam por sua contemporaneidade e familiaridade temática, entretanto, percebe-se que a obra de Brandão não produz uma proposta teórica de diálogos própria, mas traz um estudo do estado da arte e estuda alguns casos judiciais, assim como a Tese de Mendes e a primeira parte da obra publicada posteriormente.

Costa (2014, p. 125) estudou em sua tese “A Revisitação do princípio da Separação de Poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira” consistentemente à proposta teórica trazida por Mendes e propõe significantes avanços a teoria dos diálogos interinstitucionais.

Inicialmente, a autora esclarece que a proposta feita por Mendes possui duas características essenciais, sendo a primeira a introdução do conceito de “rodada procedimental” e segunda a percepção de que a tese da “última palavra” deve ser entendida pelo prisma da temporariedade. Com isso o autor, conforme entendimento de Costa, ensina em sua obra “Diálogos Institucionais: Democracia e Deliberação” não apenas sobre os diálogos entre Cortes e Parlamentos, como também promove uma abordagem mais ampla do diálogo institucional, onde é enfatizando a importância da deliberação pública como estratégia fundamental para o fortalecimento da democracia e a garantia dos direitos fundamentais.

Costa ressalta que Mendes identifica que as teorias da “última palavra” são falhas e insuficientes para a o conceito de democracia da sociedade atual. Isso porque a instituição que fica com tal incumbência assume uma postura paternalista, heróica e de infalibilidade, sobrecarregando esse “guardião” em detrimento do outro. Esse desequilíbrio institucional gera uma cultura institucional de resignação das demais instituições, que renunciam seu papel na construção de argumentos constitucionais coerentes e genuínos. Infantiliza-se a sociedade e sua capacidade de autogovernar é retirada.

Para Mendes, a compreensão do papel do Parlamento ou das Cortes na atualidade, exige a assunção de algumas premissas, muitas vezes ignoradas ou mal exploradas pelas teorias que apostam no fetichismo judicial ou legislativo. (COSTA, 2014, p. 125).

Desse modo, Costa entende que ao abandonar a ideia de buscar a supremacia, seja parlamentar ou judicial, e adotar uma abordagem que valoriza a interação construtiva entre Cortes e Parlamentos, onde o raciocínio seja gradualista em vez da polarização da binaridade, o autor possibilita a construção de uma teoria que não vê

como paradoxo incontornável a coexistência do “diálogo interinstitucional” com a ideia de uma “última palavra”.

Isso porque Mendes reconhece a importância de uma “última palavra” que decida e encerre um caso concreto, especialmente quando há a necessidade de uma decisão coletiva. Entretanto, na teoria de Mendes, entendida por Costa, essa decisão é última, porém provisória. Última no caso concreto, mas provisória por possibilitar novas rodadas de procedimentais.

Dessa forma, Costa conclui que a teoria dos diálogos de Mendes oferece significativas contribuições para a compreensão das relações entre as instituições em um contexto de constitucionalismo contemporâneo. Isso porque Mendes conceitua a democracia contemporânea como um “empreendimento coletivo, contínuo, sujeito a avanços e retrocessos” (COSTA, 2014, p. 127). Consequentemente, à sociedade deve ser dada a oportunidade de errar e aprender com os seus erros

Desse modo, ao entender que a interpretação constitucional é de corresponsabilidade de todas as instituições estatais e da sociedade como um todo, as questões constitucionais demandam argumentos mais consistentes. Cada ação ou reação institucional contribui com a longevidade do processo político e de deliberação pública. Costa (2014, p. 128) ressalta também que essa proposta não busca produzir “o melhor desenho institucional”, ou seja, não tenta estabelecer funções ideais às instituições. Seu foco está em estabelecer que, independentemente do desenho institucionalizado, o debate público é contínuo, as interações entre as instituições são dinâmicas e sempre haverá a possibilidade de uma nova rodada procedimental.

A legitimidade das instituições - na interpretação constitucional defendida por Mendes - não se estabelece unicamente pela natureza democrática abstrata da instituição, mas por seu potencial epistêmico. Assim, quem estabelece e concede legitimidade de atuação ou não de determinada instituição na interpretação deliberativa são os melhores argumentos. Existem várias opções de interação possíveis, dependendo do nível de deliberação apresentado, não existindo um procedimento padrão. Cada função estatal apresenta um perfil de atuação distinto, ajustado de acordo com o seu desenho institucional.

A proposta apresentada por Mendes tem um ganho cognitivo maior do que a visão estática que, geralmente, acompanha as teorias que visam explicar o princípio da separação de poderes, pois permite, exatamente pelo dinamismo das interações entre as funções estatais, uma modelagem construtiva que mescla atos de ativismo e auto-contenção, minimalismo e maximalismo,

ocupação e não ocupação de espaços institucionais dentro de um processo político contínuo e que apresenta diversas facetas em cada momento histórico. (COSTA, 2014, p. 130).

Uma das principais contribuições de Mendes pela análise de Costa (2014, p. 128) é a introdução do conceito de “rodada procedimental”. Diferentemente das teorias que enxergam o diálogo institucional como uma etapa final e definitiva, Costa ressalta que Mendes reconhece a importância de múltiplas rodadas de interação, que podem ocorrer ao longo do tempo, promovendo a deliberação pública como estratégia essencial para o desenvolvimento da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Mendes não está preocupado em construir, mediante a projeção de macro-reformas, o melhor desenho institucional, de caráter universalizável, embora reconheça que a deliberação é fruto dos mecanismos institucionais e da cultura política; a sua perspectiva é buscar ‘ver o modelo vigente sob a melhor luz possível’. Assim, cada sociedade pode definir um arquétipo diferenciado de interação entre as funções estatais, entregando a competência da última palavra a alguma das funções estatais; independentemente do desenho institucionalizado, o autor disserta que é notório a continuidade do debate público, das interações dinâmicas que, estrategicamente, conformam o espaço de atuação de cada um e a possibilidade de, a cada decisão, haver o reinício de uma nova rodada procedimental. (COSTA, 2014, p. 128).

A proposta teórica trazida por Mendes de diálogo interinstitucional através da deliberação pública para o desenvolvimento da democracia e para a proteção dos direitos fundamentais, não se restringindo a descrição dos diálogos existentes entre Cortes e Parlamentos. Afirma:

Trata-se de uma teoria dialógica que apresenta duas características fundamentais: a inserção do conceito de rodada procedimental e a percepção da necessidade de incorporação da tese da última palavra que, no bojo de sua teoria, passa a apresentar um sentido diverso. Assim, o autor busca não só descrever os diálogos existentes entre Cortes e Parlamentos, algo que seria inevitável, mas também propor uma dimensão forte de diálogo institucional, fomentando a deliberação pública como estratégia primordial para o desenvolvimento da democracia e a proteção dos direitos fundamentais. (COSTA, 2014, p. 124-125).

Além disso, Costa ressalta a importância da legitimidade contextual e comparativa na avaliação das decisões dos poderes que Mendes abarcou. Em sua proposta teórica, a legitimidade não pode ser medida por uma métrica estável, mas pelo desempenho deliberativo de cada função estatal. Isso leva a uma compreensão mais abrangente da legitimidade, que não se limita à mera representatividade ou regra

da maioria, mas sim à qualidade da deliberação e argumentação apresentada.

Por fim, outro ponto que Costa entende ser de grande relevância da proposta de Mendes é o entendimento do caráter político das Cortes e a importância do desenho institucional na interação entre os poderes. O autor reconhece que as Cortes se movimentam em um cenário político e que o desenho constitucional é relevante para as interações entre os poderes. No entanto, Mendes ressalta que o foco deve ser na interação entre as funções estatais e na construção de procedimentos legítimos que gerem as melhores razões públicas.

Assim, Costa explica que através da proposta teórica de Mendes, permitiu-se uma modelagem construtiva de diálogos interinstitucionais, por meio das interações dinâmicas entre as funções estatais, com “atos de ativismo e autocontenção, minimalismo e maximalismo, ocupação e não ocupação de espaços institucionais” (COSTA, 2014, p. 130) onde o processo político constitucional é contínuo e representa cronologia histórica.

As instituições tornam-se corresponsáveis na construção constitucional, onde há várias possibilidades de interação, a depender do delinear deliberativo. As cortes poderão oscilar entre o ativismo e a adoção de virtudes passivas e desafiarão o potencial epistêmico de outro poder (COSTA, 2014, p. 130).

Ao adotar uma abordagem gradualista e buscar uma teoria do diálogo que lida com uma concepção ressignificada da última palavra, Costa (2014, p. 130, 131) entende que a teoria de Mendes responde à necessidade pragmática de resolver conflitos concretos no dia a dia sem que isso signifique o fim das rodadas procedimentais. Isso porque o diálogo busca estimular e promover debates contínuos sobre questões constitucionais, reconhecendo a importância da pluralidade de perspectivas e do constante aprimoramento da compreensão dos princípios constitucionais. Assim escreve:

[...] observou-se o importante aporte teórico construído por Mendes ao refinar as teorias do diálogo, seja na dimensão do debate americano, seja nas reflexões construídas a partir da análise das interações no Canadá. Naquela seção, enfatizou-se que ao trabalhar com uma metodologia gradualista, Mendes obtém um refinamento da teoria dialógica, pois alia às infinitas possibilidades de interações entre o Legislativo e o Judiciário, a possibilidade de compreensão de uma última palavra, dotada de provisoriedade e não finitude, bem como a percepção de continuidade do processo político que, a cada momento, pode ser reiniciado por uma nova rodada procedimental. A sua proposta acaba por denotar uma responsabilidade compartilhada entre os poderes públicos no que tange à interpretação da Constituição. (COSTA, 2014, p. 132-133).

E é após toda essa digressão sobre a obra de Mendes que Costa inicia sua crítica e aperfeiçoamento à proposta teórica dos diálogos interinstitucionais estabelecido pelo autor. Em seu modelo, Costa (2014, p. 131) expande a limitação trazida por Mendes, ao incluir a figura do Executivo nas interações contínuas e nas rodadas procedimentais permanentes. Ressalta que a aproximação o processo deliberativo interinstitucional com o povo apenas se efetivará quando considerar a capacidade epistêmica de interpretação constitucional de todas as instituições e fatores que envolvem a esfera pública, não apenas o Legislativo e Judiciário.

O próprio Mendes (2011, p. 157) assumiu que a teoria normativa de diálogo interinstitucional elaborada em sua obra é “uma versão incompleta de uma teoria mais ampla”, tendo em vista que “uma abordagem integral da separação de poderes através da perspectiva dialógica requereria também a análise de como o Executivo participa nesse processo”. O não apreço do “fator” Executivo na teoria de Mendes é, portanto, uma limitação consciente de sua proposta teórica, tendo em vista que o autor reconhece a necessária inclusão do Executivo na discussão das rodadas procedimentais, mas deixou de fazê-lo.

Outra crítica apontada por Costa é a não apreciação por Mendes da esfera pública em suas mais complexas dinâmicas e estratégias adotadas, possuindo uma imensa polissemia. A esfera pública é entendida como a arena do dissenso, reflete a heterogeneidade e a complexidade que caracterizam a sociedade contemporânea. É na esfera pública que as instituições negociam e buscam seus interesses, é onde se encontram todas as tensões e negociações presentes no sistema político brasileiro.

Assim, é entendido como premissa do estudo de Costa (2014, p. 137) “que a interação entre os poderes públicos deva ocorrer a partir de uma relação dialogal com a esfera pública”. É crucial que as instituições estejam receptíveis com as diversas visões de mundo que permeiam a esfera pública.

[...] a interação entre os poderes públicos deva ocorrer a partir de uma relação dialogal com a esfera pública; assim, é fundamental a abertura institucional desses poderes ao diálogo com as diferentes visões de mundo que permeiam tal categoria à luz do Estado Democrático de Direito. (COSTA, 2014, p. 137).

Costa utiliza a teoria de Mendes como referencial basilar de sua proposta. Sua concepção de “última palavra” é entendida como encerramento provisório do debate constitucional, já a separação de poderes como uma concepção fluida de pluralidade e circularidade de procedimentos. Ambos são interpretados a partir de um

processo político dinâmico e cíclico.

Outra adição à teoria de Mendes trazida por Costa é relacionado a compreensão do papel da opinião pública e da mídia na formação das decisões políticas e judiciais. Ela argumenta que a análise de Mendes não explora suficientemente como a mídia e a opinião pública podem influenciar nas decisões dos poderes e como o Poder Executivo muitas vezes utiliza a mídia como instrumento de pressão sobre os outros poderes.

Além disso, Costa também aborda que Mendes não leva em consideração o papel da sociedade civil e dos movimentos sociais na formação da legitimidade das decisões judiciais. Ela destaca que a legitimidade não pode ser avaliada apenas pelo desempenho deliberativo das funções estatais, mas também pela capacidade de inclusão de diferentes grupos e perspectivas na formação das decisões, através de Audiências Públicas e do *Amici curiae* por exemplo.

Assim, Costa (2014, p. 138-139) estabelece que a legitimidade do Estado Democrático de Direito decorre da “tensão conflituosa entre o procedimento eleitoral, legislativo, jurisdicional e político-administrativo”, onde a esfera pública pluralista entra nas rodadas procedimentais dos diálogos interinstitucionais. Ressalta o “potencial democrático das Audiências Públicas enquanto mecanismo transformador dos debates constitucionais que ocorrem no STF” (COSTA, 2014, p. 180), as quais permitem que as decisões em matérias controversas sejam definidas partir do olhar dos próprios afetados por estas decisões (COSTA, 2014, p. 181).

A proposta teórica de Costa tenta absorver o dissenso proveniente da esfera pública através da circularidade de procedimentos eleitorais, legislativos, jurisdicionais e político-administrativos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Esses procedimentos devem estar abertos ao debate e à influência da esfera pública, de modo a reafirmar o pluralismo e a complexidade presentes na sociedade contemporânea. Essa circularidade de procedimentos permite que as diferentes visões de mundo presentes na esfera pública se manifestem e influenciem as decisões políticas e jurídicas, garantindo a participação ativa da sociedade na construção das normas e políticas públicas. Ademais, a proposta de Costa (2014) estabelece a necessária participação ativa dos cidadãos na construção da identidade constitucional. Tal participação não se limita ao processo eleitoral, pois, na porosa esfera pública, existem diversas possibilidades de contribuições.

A proposta de Costa conclui, assim como a proposta Mendes, pela não

existência de um único Guardião da Constituição. Acredita no papel de corresponsabilidade entre todas as instituições e todos os destinatários pela responsabilidade de interpretá-la. O detentor da última palavra provisória dependerá do contexto específico e do design constitucional que levará a interpretação

A proposta de Costa apresenta uma abordagem inovadora para a compreensão das relações entre os poderes e a esfera pública no constitucionalismo contemporâneo. Ao considerar a esfera pública e o Poder Executivo como atores essenciais nas interações entre os poderes e enfatizar a circularidade de procedimentos no Estado Democrático de Direito, a autora contribui para a construção de um diálogo mais inclusivo, legítimo e responsável entre os poderes e a sociedade.

Finaliza sua obra discutindo a necessidade da construção da identidade constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito. A partir de uma abordagem que incorpora conceitos da psicanálise e da filosofia, a autora apresenta uma visão inovadora sobre como a identidade constitucional é formada, considerando a interação entre o eu constitucional e o outro.

Para Costa, a identidade constitucional não pode ser construída de forma isolada, mas sim através do confronto com outras identidades presentes na sociedade, como as identidades culturais, étnicas e religiosas. Ela argumenta que a identidade constitucional deve incorporar essas múltiplas identidades, assimilando-as e rejeitando-as parcialmente, a fim de se tornar viável dentro do ambiente sociopolítico. Essa abordagem de coordenação entre diferentes identidades permite a construção de uma identidade constitucional complexa e dinâmica, que está em constante processo de reconstrução.

A autora também destaca a importância da intersubjetividade na construção da identidade constitucional. Ela argumenta que o sujeito constitucional não pode ser entendido de forma isolada, mas sim em relação com outros sujeitos e com o texto constitucional. Nesse sentido, a identidade constitucional é construída através da interação entre o eu constitucional e o outro, que inclui tanto os outros sujeitos constitucionais quanto o próprio texto constitucional. A Constituição é vista como um texto vivo em constante construção e reconstrução de identidade, sujeito a alterações ao longo do tempo.

Em suma, o avanço produzido por Costa à teoria proposta por Mendes fundamenta-se primordialmente em apresentar uma análise mais interdisciplinar e contextualizada das relações entre os poderes no Brasil. Ela estuda a importância do

Poder Executivo, da opinião pública, da sociedade civil e dos movimentos sociais na formação das decisões políticas e judiciais.

Dessa forma, o texto da autora oferece uma perspectiva inovadora e complexa sobre a construção da identidade constitucional no Estado Democrático de Direito. Sua abordagem incorpora conceitos da psicanálise e da filosofia, bem como a interação entre diferentes identidades e sujeitos, para propor uma teoria que valoriza a participação ativa dos cidadãos na construção da identidade constitucional.

Ao destacar a importância da reconstrução contínua da identidade constitucional e das interações recíprocas entre os poderes e a esfera pública, o texto da autora oferece uma contribuição significativa para o entendimento do processo de formação e transformação das normas e políticas públicas em um Estado Democrático de Direito. Assim finaliza sua obra:

A Constituição Brasileira de 1988 é vista, assim, como um espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira. (COSTA, 2014, p. 188).

Diante de todo esse arcabouço teórico iniciado por Mendes (2011) e trabalhado posteriormente por Godoy (2017), Brandão (2011) e, principalmente por Costa (2014), traduz que a teoria dos diálogos interinstitucionais é essencial para o futuro constitucional de qualquer Estado Democrático de Direito. No caso Brasileiro, enxerga-se que existem ferramentas capazes de promover uma efetiva deliberação interinstitucional, tais como o *amici curiae*, a audiência pública, dentre outros.

A Constituição não pode ser vista - a luz da Teoria dos Diálogos Interinstitucionais - como um documento rígido e técnico, mas um texto vivo, em constante evolução, fundamentada nas razões públicas com maior aceitação do povo, onde a pluralidade é observada e respeitada.

Ao compreendermos que o Executivo e a esfera pública são figuras essenciais da deliberação constitucional, as instituições passarão a dialogar não apenas entre si, mas também com o povo. A busca pela legitimidade através melhor argumento se acentuará e ganhará rodadas procedimentais com maior potencial epistêmico. A competição pela legitimidade trará desenvolverá o constitucionalismo a democracia brasileira em proporções ainda desconhecidas.

A legitimidade será entendida como uma meta a ser atingida e conquistada a cada decisão. Essa constante busca pelo melhor argumento traz vitalidade e vibração

à democracia, é uma pressão por consistência que busca mensurar a capacidade de uma rodada permanecer válida após desafiada. A legitimidade então será definida através de uma escala de critérios qualitativos mensurados pela teoria democrática com a finalidade de maximizar a hermenêutica dos desenhos deliberativos.

Assim, a teoria dos diálogos interinstitucionais recorre ao povo, à democracia para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade das decisões. Nesse sentido, a dinâmica dialógica apresentada e defendida por Mendes, Godoy e Costa é essencialmente arrimada em uma percepção deliberativa de democracia, pois, apenas a partir dela que as instituições alcançam a legitimidade da decisão.

No contexto brasileiro, Costa (2014, p. 188) define que Constituição Brasileira é um “espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira.” Esse espelho da identidade constitucional brasileira é propício ao diálogo institucional e social (GODOY 2017, p.173), mas ainda está preso a posturas e discursos de consistência decisória e um desempenho deliberativo (MENDES, 2011, p. 234) que apostam no fetichismo judicial ou legislativo (COSTA, 2014, p. 125) de supremacia e “última palavra” (GODOY, 2017, p. 173).

3 DIREITO DE ANTENA - ANÁLISE DA ADI Nº 5.105

3.1 Os votos do acórdão da ADI nº 5.105

A fidelidade partidária é um tema reiteradamente tratado tanto no judiciário, quanto no legislativo, com diversas decisões judiciais em sentidos divergentes assim como diversas leis ordinárias regulamentando-o. Isso porque a representatividade é um conceito utilizado para definição da participação dos partidos nos recursos do Fundo Partidário, assim como no acesso gratuito à rádio e televisão, e a (in)fidelidade partidária um conceito utilizado para determinar o quão “representativo” a agremiação é.

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 foi ajuizada pelo partido Solidariedade, tendo em vista o advento da Lei nº 12.875/2013 a qual alterou os artigos 29 parágrafo 6º e 41-A da Lei nº 9.096/1995 e acrescentou o parágrafo 7º no artigo 47 da Lei nº 9.504/1997.

Tal norma estabeleceu que a representatividade apenas acompanharia a migração partidária nos casos em que o partido do parlamentar fosse fundido ou incorporado, impossibilitando tal transferência no caso de migração partidária por criação de nova legenda. Ademais, a nova lei destinou 5% do fundo partidário e 1/3 do horário reservado à propaganda de cada eleição a todos os partidos devidamente registrados.

Assim, o partido Solidariedade se sentiu lesado entendendo que tais mudanças iriam contra ao decidido nas ADIs nº 4.430 e nº 4.795. Em linhas gerais, tais ADIs decidiram por declarar constitucional o parágrafo 6º do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, e inconstitucional a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contidos no parágrafo 2º do artigo 47 da Lei nº 9.504/1997, assegurando aos novos partidos acesso aos dois terços do tempo destinado à propaganda no rádio e na televisão, considerando a representação dos deputados que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para o partido recém-criado.

É importante ressaltar que a Lei nº 12.875/2013 teve seu projeto apresentado em 19 de setembro de 2012 e tinha como respaldo jurisprudencial as ADIs nº 3.999 e nº 4.086 que, em linhas gerais julgaram constitucionais as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008 que regulavam o procedimento de perda de mandato por desfiliação partidária, estabelecendo justas

causas para tal migração.

Ressalta-se que no inteiro teor da decisão, foi decidido que tais resoluções possuíam caráter transitório, salvaguardando a fidelidade partidária enquanto o Congresso não se manifestasse sobre a matéria, típica de sua competência. Desse modo, foi adotado pela lei o posicionamento de que o critério de “representatividade” acompanharia a legenda partidária, desestimulando a desfiliação e promovendo a fidelidade partidária. Ou seja, as cadeiras obtidas nas eleições da Câmara pertenciam ao partido, não ao político.

Entretanto, no dia 28 de junho de 2012, pouco menos de três meses antes do início do trâmite do projeto de lei, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 4.430 e nº 4.795 as quais reconheceram a constitucionalidade do parágrafo 6º do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997 e declararam inconstitucional a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2012a, p. 6), contido no parágrafo segundo do artigo 47 da mesma lei supracitada assegurando aos partidos novos o direito de acesso proporcional aos 2/3 do tempo destinado à propaganda no rádio e na televisão considerando a representação dos deputados federais que migraram diretamente para uma nova legenda.

Também entendeu pela inaplicabilidade do § 3º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997 - dispõe que a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais.

Assim, questiona se houve efetiva superação legislativa pela Lei nº 12.875/2013, frente nova jurisprudência (ADIs nº 4.430 e nº 4.795), tendo em vista a divergência jurisprudencial relativa ao tema da fidelidade partidária e suas consequências. Também é necessário averiguar se a atuação da Suprema Corte respeitou as rodadas procedimentais, pressuposto para que haja a caracterização dos diálogos interinstitucionais no presente caso.

O acórdão estudado teve como relator o Ministro Luiz Fux. A requerente foi o partido Solidariedade. Em breves palavras, o voto do relator foi acompanhado pela maioria ao entender que, apesar de legítima a possibilidade de reversão legislativa de jurisprudência, tendo em vista o marco teórico dos diálogos constitucionais, a Lei nº 12.875/2013 é inconstitucional por carência de fundamentação robusta de tal superação. Desse modo, houve uma mudança jurisprudencial das ADIs nº 4.430 e nº 4.795 em relação às ADIs nº 3.999 e nº 4.086.

Isso porque, no entendimento majoritário, o advento da Lei nº 12.875/2013

seria uma hipótese de superação legislativa de jurisprudência e, ocorrendo por meio da edição de lei ordinária, caberia ao legislador o ônus de demonstrar a necessidade de alteração do precedente jurisprudencial, trazendo novos argumentos e premissas fáticas e axiológicas. Desse modo, o Tribunal entendeu que a legislação ordinária, para superar decisão do STF deverá trazer em seu arcabouço um exame de constitucionalidade mais rigoroso por já nascer com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade.

No entendimento vencedor, a justificação do projeto de lei foi genérica ao regulamentar a matéria e não enfrentou os fundamentos das decisões das ADIs nº 4.430 e nº 4.795. Assim, a adoção da nova revisão judicial para declarar a inconstitucionalidade da lei foi entendida como necessária, tendo em vista a necessidade proteção do sistema representativo e dos interesses de direitos dos grupos políticos minoritários.

O acórdão teve o acirrado placar de 6 a 5, evidenciando a complexidade do tema tratado. Votaram pela procedência da ação os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Marco Aurélio. Pela improcedência da ação votaram os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso Mello e Ricardo Lewandowski.

3.2 Votos do relator e acompanhando o relator

3.2.1 Ministro Luiz Fux

O relator, em seu extenso voto, entendeu que a Lei nº 12.875/2013 decorreu de superação legislativa da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/1997, nas ADIs nº 4.430 e nº 4.795, julgadas em 29 de junho de 2012. Seu voto foi dividido em dois momentos, sendo eles: “Breves reflexões acerca dos limites e possibilidades de superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal: a Teoria dos Diálogos Institucionais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 15) e “A inconstitucionalidade da reação legislativa. Ausência de justificção idônea a amparar a reversão jurisprudencial. Necessidade de postura particularista da Suprema corte na defesa dos pressupostos democráticos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 31).

O Ministro Luiz Fux traz em seu voto a Teoria dos diálogos institucionais (ou interinstitucionais, o qual essa autora prefere utilizar). Inicialmente sustenta que apesar da Suprema Corte deter a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito não há supremacia judicial em sentido forte (ou material). Desse modo, apreende que a reversão legislativa de decisões do Tribunal Constitucional é desejável e legítima e impossibilita uma concepção de “última palavra definitiva”.

Isso porque reconhece que a interpretação constitucional deve ser feita mediante uma construção coordenada entre as instituições e a sociedade civil, através de um colóquio contínuo republicano e ininterrupto, não sendo de monopólio do STF. Assim afirma:

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas. (BRASIL, 2012, p. 28)

Entende que, conforme o marco teórico dos diálogos constitucionais, para maximizar a qualidade da busca dos melhores resultados democráticos, o STF deverá atuar como um catalisador deliberativo. Tal atuação encerrará uma rodada procedimental, vinculará as partes no processo, mas não cessará permanentemente a controvérsia constitucional em sentido amplo. Neste contexto cita a obra de Conrado Hübner Mendes, ao qual transcrevo:

É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo.
[...]

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e

Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214) (BRASIL, 2012, p. 29-30)

Sustenta seu entendimento em casos paradigmáticos de reações legislativas analisadas pela Corte que reconheceu a possibilidade de superação pelo parlamento, tais como as Emendas Constitucionais nº 41/2003, nº 52/2006 e nº 57/2008, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3.680-3.

O voto traz uma passagem da obra de Rodrigo Brandão (2016) que constata a perda da capacidade de autocorreção do sistema democrático se houver uma grande dificuldade de reversão de decisões de qualquer instituição. Se a última palavra pertencer ao Judiciário, as demais instituições não serão engajadas, gerando problemas de responsividade popular e judicialização da política.

Desse modo, entende que o legislador pode superar a jurisprudência mediante emenda constitucional ou lei ordinária. Se ocorrer por emenda constitucional, altera-se formalmente o texto constitucional e, conseqüentemente, o parâmetro que sustentava a jurisprudência superada. Se por lei ordinária, a lei nasce com presunção de inconstitucionalidade, devendo o legislador justificar a legitimidade da correção proposta.

Sustenta seu entendimento em casos paradigmáticos de reações legislativas analisadas pela Corte que reconheceu a possibilidade de superação pelo parlamento, tais como as Emendas Constitucionais 41/2003, 52/2006 e 57/2008, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3.680-3.

Assim, tendo o marco teórico um apanhado de fragmentos de diversas teorias dos diálogos, tais como Mark Tushnet, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, Peter Härbele, Rodrigo Brandão, Christine Bateup, Roberto Unger, Conrado Hübner Mendes, seu entendimento é de que as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal deverão ser percebidas como uma rodada procedimental, vinculativa às partes do processo. Entretanto, tais decisões não encerrarão a discussão da controvérsia constitucional em seu sentido amplo. A atuação do STF portanto é tida como um “catalisador deliberativo”, que promove a interação e o diálogo institucional, conforme entende Conrado Hübner Mendes citado pelo ministro.

Para Luiz Fux, a superação legislativa da jurisprudência por meio de legislação ordinária tem presunção de inconstitucionalidade, a qual apenas será afastada se o legislador conseguir demonstrar que a correção do precedente é legítima. Ou seja, o

parlamentar deverá comprovar que houve mudança no contexto fático e jurídico que fundamentava o posicionamento da jurisprudência, tornando-a obsoleta e inadequada, tornando imperioso e constitucional a sobrevivência de tal lei.

Assim, Luiz Fux sustenta que a Lei nº 12.875/2013 não trouxe fundamentos suficientes para legitimar a superação do entendimento fixado pela Corte nas ADIs nº 4.430 e nº 4.795. O Projeto de Lei nº 4.470/2012 foi baseado nos seguintes fundamentos: Trazer segurança jurídica, tendo em vista que as migrações partidárias vulneram a previsibilidade institucional na distribuição dos recursos dos fundos partidários e do horário de propaganda; valorização dos partidos políticos, evitando disfunções no sistema partidário; promoção da continuidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, e, por fim, o estrito cumprimento do art. 17, § 3º, da Constituição da República ao trazer distribuição equitativa dos 5% dos recursos do fundo partidário e do 1/3 do horário de propaganda eleitoral.

As ADIs nº 4.430 e nº 4.795 por sua vez, entenderam que o artigo 17 da Constituição estabeleceu a não distinção hierárquica entre a liberdade de criação, à liberdade de fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. Desse modo, não haveria fundamentação para que em uma hipótese seja possibilitada a transferência da representatividade política para fins de divisão do fundo partidário e do tempo de propaganda e em outra seja impedido.

Outro argumento trazido é a concepção de justa causa para migração partidária. O parágrafo primeiro do artigo primeiro da Resolução nº 22.610/2007 estabeleceu que é considerada justa causa para desfiliação partidária a incorporação ou fusão do partido assim como a criação de novo partido.

Observa que apesar da Constituição da República exigir o critério de representatividade para fazer a divisão do fundo partidário e do tempo de propaganda, ela não estabelece qual o momento em que tal representação é adquirida pelo partido. Assim, o relator entende que a representatividade política é conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém-criado.

O relator finaliza seu voto dizendo que as alterações trazidas pela Lei nº 12.875/2013 nos artigos 29 parágrafo 6º e 41-A da Lei nº 9.096/1995 e o parágrafo 7º no artigo 47 da Lei nº 9.504/1997 foi uma reação legislativa jurisprudencial que não trouxe novos e consistentes argumentos constitucionais capazes de superar o entendimento do STF, e que, ao subtrair dos partidos novos o direito de antena e

recursos do fundo partidário, ofendeu o pluralismo político e a liberdade partidária. Assim, declarou inconstitucional as alterações trazidas pela Lei nº 12.875/2013 nos artigos 29 parágrafo 6º e 41-A da Lei nº 9.096/1995 e o parágrafo 7º no artigo 47 da Lei nº 9.504/1997.

3.2.2 *Ministro Luís Roberto Barroso*

O ministro foi o terceiro a votar e acompanhou o voto do relator. Destacou inicialmente que este caso é emblemático ao analisar os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Em sua antecipação do voto, trouxe o apanhado de entendimentos que fundamentou posteriormente seu voto.

Entende que uma democracia contemporânea possui três dimensões, quais sejam: O voto – democracia representativa –, os direitos fundamentais – democracia constitucional –, e as razões – democracia deliberativa. No presente caso observa a dimensão representativa e a dimensão das razões, por analisar aspectos políticos e de superação de precedentes (p. 105-106).

Concordou com a fundamentação trazida por Luiz Fux da dualidade de visões existentes entre a supremacia judicial e os diálogos institucionais. Sustenta que a visão supremacista vem sendo substituída gradativamente pelo entendimento dos diálogos. Ressalta que a segunda visão possui maior capacidade democrática ao permitir novos entendimentos de interpretação constitucional.

A segunda discussão trazida pelo voto do Ministro Luiz Fux, e que me parece essencial no debate constitucional contemporâneo, diz respeito à **dualidade supremacia judicial e** Diz que existem três tipos de diálogos institucionais. Na visão tradicional, prevalece a ideia de supremacia judicial, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra na interpretação, isto é, na definição do sentido e do alcance da Constituição. Essa visão, no entanto, tem sido atenuada, **cedendo espaço, a meu ver para bem, para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 89 – Grifo nosso.)

Barroso (2012) ensina que os diálogos institucionais podem ser alcançados através de três comportamentos: I – apelo ao legislador, onde a manifestação do STF se dá através do apelo ao Legislativo informando a necessidade de mudanças legislativas; II – devolução ao Legislativo, comportamento tipicamente de diálogo

institucional, onde a Corte incentiva o Congresso a legislar sobre a matéria ao invés de proferir a última palavra; III – superação de jurisprudência, onde o Congresso supera entendimento jurisprudencial a partir de edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias. No caso em comento, Fux esclarece que há a discussão da ocorrência da terceira hipótese, se houve a efetiva superação do entendimento jurisprudencial a partir da edição de lei ordinária. Entende que:

Para que o Congresso supere, mediante lei, uma interpretação do Supremo Tribunal Federal, precisa demonstrar **que existe mais de uma interpretação razoável do assunto compatível com a Constituição**, bem como **oferecer as razões pelas quais está optando** por outra, distinta da adotada pelo Judiciário. Quando isso acontecer, **eu acho que a palavra final, a prevalecer, deve ser a do Congresso, porque decisão política em uma democracia deve ser tomada por quem tem voto, salvo se a Constituição impuser diferentemente.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 91 – Grifo nosso)

No caso concreto, Barroso entende que a lei ora questionada não enfrentou a argumentação jurisprudencial prévia. Não sustentou quais os motivos constitucionais para diferenciar criação com fusão e incorporação de partidos, assim como não fundamentou a viabilidade do desempenho eleitoral como critério ao criar legendas. Desse modo, conclui que a decisão anterior da Corte se sobrepõe à nova legislação. Isso porque:

[...] se uma decisão do Supremo interpretando a Constituição puder ser superada pelo Congresso sem o oferecimento de qualquer razão, se dará a este último o papel de órgão revisor das decisões do primeiro[...] (BRASIL, 2012, p. 92)

Assim, conclui que o Congresso mudou o entendimento do STF sem o oferecimento de razões, carecendo a lei do teor deliberativo, essencial em uma democracia. Ressalta que o Congresso se utilizou de um argumento de autoridade, ou seja, editou a norma sem demonstrar a existência da pluralidade de interpretação constitucional possível e razoável para superação do entendimento prévio exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Afirma a existência de hipóteses excepcionais ao princípio de fidelidade partidária, sendo a incorporação ou fusão de partido e a criação de novo partido motivos ensejadores de justa causa, o qual a desfiliação partidária não acarreta a perda do cargo eletivo.

Considera que a representatividade acompanha o parlamentar migrante,

podendo ser computada pelo novo partido para fins de acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral. Tem como principais pontos a inviabilidade de mensurar a representatividade de um partido por eleições que ocorreram antes mesmo de existir, assim como a inexistência de elemento que justifique tratamento diferenciado entre a migração ocorrer pela fusão ou incorporação e pela criação de novos partidos por estarem em mesmo patamar constitucional

Entendeu que os fundamentos constantes nas decisões prévias do Supremo Tribunal Federal permaneceram válidas, legitimando a intervenção do Judiciário no processo legislativo pois, conforme sua interpretação de John Hart Ely, “uma das hipóteses legítimas de a Suprema Corte intervir no processo legislativo é precisamente para preservar regras do jogo democrático, para impedir que as maiorias o distorçam” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 92).

Assim, ao verificar que as normas impugnadas na ADI 5.105 são fruto de autoritarismo legislativo, não de um efetivo diálogo com o STF ao editar regras em sentido oposto à decisão judicial sem justificar a adoção desse entendimento, entendeu por decidir pela inconstitucionalidade da Lei 12.875/2013.

3.2.3 Ministra Rosa Weber

O voto da Ministra Rosa Weber contante à página 117, foi proferido no dia primeiro de outubro de 2015. A ministra acompanhou o voto do relator, apesar de reconhecer que os fundamentos trazidos pelo ministro Fachin trouxeram dúvidas em seu posicionamento inicial. Foi a quinta a votar.

3.2.4 Ministro Dias Toffoli

Sucedendo o voto da ministra Rosa Weber, Dias Toffoli procedeu com seu voto em páginas 118 a 153. Entendeu por acompanhar o Relator. Esclarece que a lei impugnada é uma superação legislativa do entendimento constante das ADIs nº 4.430 e nº 4.795 - de que foi relator - reiterando seu posicionamento prévio, trazendo uma contextualização histórica das eleições no Brasil. Concluiu que não há como afirmar que a representatividade política do parlamentar é vinculada ao partido por ser o sistema adotado proporcional.

Nota-se, portanto, que as normas impugnadas correspondem à superação legislativa do entendimento firmado naquela ação direta, de modo que, por meio da presente ação, o Partido Solidariedade devolve à apreciação desta Corte tema já apreciado nas ADI nº 4.430 e nº 4.795.

Ressalto que não vejo razões para rever o posicionamento exposto por mim no julgamento daquelas ações diretas de inconstitucionalidade, o qual reitero neste voto. (BRASIL, 2015, p.123)

Para isso, trouxe a fundamentação constante em seu voto à época. O ministro entende que a representatividade percebida pelo voto deverá permanecer ao parlamentar eleito, garantindo a prevalência da escolha feita pelo eleitor, em detrimento da proposta partidária. Isso porque em seu entendimento o voto do eleitor brasileiro, mesmo nas eleições proporcionais, se dá geralmente em favor de determinado candidato.

Entretanto, em casos de migração partidária ocorrida para um partido já existente em pleitos anteriores, a representatividade da cadeira adquirida permanece ao partido originário, ao entender que não se trata de alteração reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas sim de casos pessoais e individuais de troca de partido, mesmo que a mudança ocorra em justa causa.

Concluiu que não há como afirmar que a representatividade política do parlamentar é vinculada ao partido por ser proporcional o sistema eleitoral adotado. Portanto, entendeu pela procedência do pedido da ADI, acompanhando o voto do relator.

3.2.5 Ministra Carmen Lúcia

Sétima a votar, a ministra atuou como vogal e decidiu acompanhar o voto do relator. Em páginas 154 a 183 sustentou que apesar de entender legítimo o entendimento concebido pela matéria da norma impugnada, acredita que sua concepção não foi suficientemente fundamentada de modo a superar a decisão proferida em ADIs 4.430 e 4.795. Em suas palavras:

A despeito, portanto, do que penso ser legítimo e que declinei no voto proferido naquele outro julgamento, tendo, como antes afirmado, ficado vencido pela maioria, por respeito à instituição do Supremo Tribunal Federal e à decisão agora contrariada por uma lei ordinária, sem que me tenham sido apresentadas razões para uma outra interpretação constitucional, considero válidas as considerações postas no voto do Ministro-Relator, o Ministro Luiz Fux, no sentido de que não haveria porque descumprir o que foi o fundamento da decisão final do julgamento do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL.

Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 154-155).

Trouxe aos autos a ementa, seu voto, e o voto condutor do julgamento das ADI 's 4.430 e 4.795. Naquele momento, seu entendimento foi vencido pela decisão colegiada. Seu voto à época, foi pela improcedência das ADI 's supracitadas. A ministra sustentou ser razoável a reserva proporcional do tempo de propaganda no rádio e na TV pelo resultado da soma do número de representantes de todos os partidos coligados. Entendeu também que eventual desconsideração da representatividade efetiva do partido subjugaria o interesse coletivo ao interesse partidário, invertendo os valores constitucionais.

O entendimento vencedor por sua vez foi pela procedência dos pedidos, concluindo que não subsistia razão para diferenciar o tratamento entre a migração pela criação de novo partido e pela fusão e incorporação de partido por possuírem o mesmo patamar constitucional.

Desse modo, em apreço à decisão colegiada, e pela identidade de objeto entre as ações, a Ministra manteve o entendimento institucional das ADI 's 4.430 e 4.795 em ADI 5.105. Assim, votou procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

3.2.6 Ministro Marco Aurélio

Em seu sucinto voto, o ministro decidiu por acompanhar o relator. Em sua concepção, a vida partidária é dinâmica e nesse sentido o acesso ao fundo partidário e o direito de antena também deve ser. Desse modo, admitir a migração partidária sem as devidas consequências da representatividade adquirida pela legenda seria contraditório. Reafirmou o posicionamento adotado por ele no Tribunal Superior Eleitoral, julgando totalmente procedente a demanda.

3.3 Votos divergindo do relator

3.3.1 Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin foi o segundo a proferir seu voto, e entendeu de modo

diverso ao voto vencedor. Esclarece que o ponto central da discussão reside na constitucionalidade ou não da criação de uma lei que limita a possibilidade de transferência da representatividade política - para fins de divisão do fundo partidário e do tempo de propaganda - apenas nos casos que o deputado migra de partido em decorrência de fusão e incorporação do partido pelo qual foi eleito.

A divergência, entretanto, se encontra no fato de que enquanto o Ministro Fux entende que a inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.875/2013 retirou dos novos partidos o acesso aos recursos do fundo partidário e do direito de antena, contradizendo o entendimento firmado pelas ADIs 4.430 e 4.795 e violando as garantias constitucionais previstas no parágrafo 3º do artigo 17 da Constituição da República, Fachin entende que não há identidade ou equivalência entre os conteúdos das ADIs nº 4.430 e nº 4.795 e a lei questionada na ADI nº 5.105.

Para o ministro, as ADIs nº 4.430 e nº 4.795 reconheceram que a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida no *caput* do parágrafo segundo do artigo 47 da Lei nº 9.504/1997 suprimia o direito de parcela no tempo de propaganda dos novos partidos, sendo inconstitucional, tendo em vista o parágrafo 3º do artigo 17 da CR/1988 que assim dispunha:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

A Lei nº 12.875/2013, por sua vez não suprimiu o direito de propaganda e acesso ao fundo partidário aos novos partidos, apenas vedou a transferência de representação em casos de migração de deputados eleitos para um partido recém-criado. Ademais, a nova norma destinou 5% do fundo partidário e 1/3 do horário reservado à propaganda de cada eleição a todos os partidos devidamente registrados.

A representatividade na Câmara pela nova lei apenas poderia ser transferida em casos de fusão e incorporação de partidos, os quais seriam preservadas as cadeiras conquistadas pelos partidos antigos ora fundidos/incorporados. A mera migração de deputados já eleitos para um novo partido não poderia ensejar na transferência das cadeiras de representação. O partido recém-criado não poderia ser beneficiado em detrimento do partido que sofreu a desfiliação.

Desse modo, o ministro entende que não há de se falar que o Congresso Nacional deixou de seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que: (i) a Lei nº 12.875/2013 foi sancionada em 30 de outubro de 2013; (ii) a justificativa do projeto de lei é de 2012; (iii) o entendimento jurisprudencial do STF era oposto ao firmado nas das ADIs nº 4.430 e nº 4.795. Assim, as ADIs nº 4.430 e nº 4.795 reverteram o decidido pelas ADIs nº 3.999 e nº 4.086.

Quanto ao posicionamento do Tribunal, temos que as ADIs nº 3.999 e nº 4.086, e os Mandados de Segurança (MS) nº 26.603, nº 26.602 e nº 26.604, todos do final de 2008 entendiam que, salvo em casos comprovadamente excepcionais, o deputado, ao migrar do partido pelo qual foi eleito, deixa a cadeira no partido de origem garantindo sua inserção nas regras de distribuição do fundo partidário e do tempo de antena aos partidos com representatividade na Câmara. Desse modo, o critério de “representatividade” acompanhava a legenda partidária, trazendo segurança jurídica aos resultados obtidos pelos partidos políticos e desencorajando a desfiliação e promovendo a fidelidade partidária.

Por fim, sustentou que se há divergências sobre qual direito ou garantia deverá prevalecer e, se a Constituição da República à época atribuiu ao parlamento a possibilidade de regulamentação do §3 do artigo 17 através de lei ordinária, não cabendo ao STF declarar a inconstitucionalidade da opção do legislador se ela decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (inclusive com decisões recentes no mesmo sentido), mesmo que o entendimento adotado não seja o mais novo e não unânime da Corte.

Assim, concluiu que seria mais adequado a autocontenção da corte e, por isso, entendeu pela improcedência da pretensão da ADI.

3.3.2 Ministro Teori Zavascki

Proferiu o voto em 1º de outubro de 2015 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016p. 114-116), sendo o quarto a proferir o voto. O ministro Teori Zavascki acompanhou a divergência trazida pelo Edson Fachin. Esclareceu que a “riqueza dos debates” abalou suas convicções e, se não fosse a urgência em julgar a ação, pediria vista. Portanto, por não ter certeza de qual posicionamento é o melhor e, entendendo a iminência do acórdão, aderiu a divergência.

Entendeu haver fundamentos constitucionais igualmente e hierarquicamente

importantes que respaldam tanto o entendimento adotado pelo Congresso, quanto pelo STF. Diante de tal situação, entendeu não ser razoável a supressão pelo Supremo Tribunal Federal da escolha feita pelo Legislativo.

Isso porque, ao tomar conhecimento do argumento da institucionalidade proferido pelo voto Ministro Barroso, questionou-se a que ponto o legislador pode ordinariamente modificar a jurisprudência do STF. Concordou com o ministro ao entender que submeter ao legislador ordinário a decisão da Corte não possui legitimidade.

Entretanto, apreende que tal impossibilidade merece adendos. Isso se deve à resistência que há ao entendimento de que os fundamentos das decisões do STF vinculam o poder legislativo, e pela inexistência de posicionamento uníssono da Corte sobre o mérito da demanda.

Todavia, essa é uma questão delicadíssima que comporta certas relativizações. Primeiro, porque envolve uma questão a cujo respeito o Supremo ainda não tem posição definitiva. É a que diz respeito à força vinculante, não da conclusão, mas dos fundamentos das decisões. Ao que me consta, há, na jurisprudência da Casa, resistência em considerar que os próprios fundamentos das decisões tenham caráter vinculativo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 115).

Ao examinar o momento histórico, apreende que a realidade política se modificou da época da decisão das ADIs 4.430 e 4.795, principalmente ao considerar a proliferação de partidos no cenário político brasileiro. Assim, entende ser legítimo, ao considerar a realidade atual, que exista limites a criação, fusão, ou incorporação de partidos políticos constantes na Lei 12.875/2013.

Assim, conclui que não ficou configurada inconstitucionalidade evidente e flagrante da escolha legislativa.

3.3.3 Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes inicia seu voto proferido em primeiro de outubro de 2015 nas páginas 184 a 190, esclarecendo que ao editar a Lei 12.875/2013, o legislador reavaliou os fatos e circunstâncias trazidas nos acórdãos das ADIs 4.430 e 4.795. Isso porque o acórdão publicado em 2012 foi alvo de críticas e reflexões. Inicialmente esclarece que houve decisões do Tribunal que entendeu pela constitucionalidade de

lei ordinária superveniente contrária à súmula. Trouxe como exemplo a ADI 3.772, que entendeu ser constitucional a Lei nº 11.301, que, ao contrário do que Súmula nº 726 do Tribunal dizia, o tempo de serviço prestado fora de sala de aula é computado para efeito de aposentadoria especial de professores.

Para Mendes, não existe a última palavra em interpretação constitucional. Desse modo, em seu entendimento (2015, p. 184-185), é necessário que exista mecanismos de revisão constitucional. É a partir da adoção efetiva destes mecanismos que o processo deliberativo da constituição é garantido. Assim, ressalta a importância de uma nova deliberação legislativa através do Congresso Nacional e complementa com sua interpretação de Peter Häberle:

[...] nós partimos de uma aproximação em relação a uma dada interpretação, que se chama de pré-compreensão, e depois chegamos a um resultado dessa interpretação. Depois de todas essas avaliações, as mais complexas possíveis, chegamos a um resultado, que ele chama de pós-compreensão. E ele diz: depois de todo esse debate, a pós-compreensão é a pré-compreensão do futuro, portanto, voltamos ao processo. (BRASIL, 2015, p.186)

Para Mendes (2015, p. 185), a Lei 12.875/2013 é uma reavaliação necessária do Congresso diante da experiência colhida pela decisão das ADIs 4.430 e 4.795. Esclarece que o entendimento do STF foi alvo de críticas, propiciando abusos pelos parlamentares e se tornado obsoleta. Isso porque os partidos com pouca experiência eleitoral distorcem o propósito representativo ao estimular a criação de novas agremiações com o objetivo de fundirem-se para conseguir maior cobertura midiática. Desse modo, sustentou que houve uma efetiva reanálise dos fatos que tratam a matéria.

É preciso de, realmente, nesse caso, valorizar a reanálise feita e os fatos que sobejam nesse tipo de matéria. Se levarmos em conta os fatos legislativos, que precisam de ser considerados, certamente é legítima a reanálise, como fizemos na situação da fidelidade partidária, em que havia vastíssima jurisprudência do Tribunal, até arrimada em elementos históricos, dizendo claramente que a infidelidade partidária não poderia afetar o mandato. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 189).

Ressalta que são raros os casos os quais o candidato consegue atingir quociente eleitoral *per se*, sendo dependente do voto da legenda. Entende que é necessário valorizar a reanálise feita pelo legislador e que seu posicionamento adotado em 2012 não mais se sustentava. Atualmente entende que apesar de ser

necessário resguardar a liberdade de mudança partidária e de criação de novas agremiações, percebe ser inerente o fator risco em tais situações. O direito de antena e de acesso ao fundo tem lastro na representatividade adquirida nas urnas, não devendo ser entendida como um “ativo pessoal” do parlamentar, sob pena de mascarar candidaturas isoladas.

Assim, entendeu pela constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, visando valorizar o diálogo institucional feito pelo Congresso tendo em vista que decorre de um novo quadro normativo.

3.3.4 Ministro Celso de Mello

O ministro restringiu seu voto a acompanhar a divergência, confirmando a validade constitucional da Lei nº 12.875/2013.

3.3.5 Ministro Ricardo Lewandowski

Em seu entendimento, a lei ordinária nº 12.875/2013 restringiu-se a alterar alguns dispositivos da Lei nº 9.096/1995 e nº 9.504/1997. Em seu raciocínio não houve afronta à decisão da ADI nº 4.430, decidida em junho de 2012, tendo em vista que houve mudança na essência fenomenológica. O ministro sustentou que o hiperpartidarismo havido no momento da decisão supracitada tornou-se uma “aberração no plano partidário”. Desse modo, defende que o Congresso deve parar de realizar alterações pontuais casuísticas para de fato, promover uma mudança sistemática no sistema político brasileiro.

[...]apreciamos exatamente certas alterações pontuais casuísticas na legislação eleitoral que ficam devendo uma mudança mais sistemática em nosso sistema político. Entendo que o Congresso nos deve, sem dúvida nenhuma, e deve à sociedade brasileira essa mudança sistemática. (BRASIL, 2015, p. 194)

Lewandowski (2015, p.196) defende que há a “supremacia dos pronunciamentos da Suprema Corte com relação aos demais Poderes”. Portanto cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra constitucional. Desse modo, entende que, apesar de haver “um certo diálogo entre as instituições”, o legislador não pode

reagir à interpretação constitucional tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo por meio de lei ordinária.

[...] embora exista um certo diálogo entre as instituições [...] em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária. (BRASIL, 2015, p.194)

Lewandowski (2015, p. 195) ao analisar o caso concreto, entendeu que as modificações que a Lei 12.875/2013 promoveu em dispositivos da Lei 9.096/1995 e da Lei 9.504/1997, foram razoáveis. É, ao ver do ministro uma atuação legislativa legítima, porquanto ao alterar a legislação ordinária, não há nenhuma excepcionalidade.

3.4 Os direitos de antena e fundo partidário na teoria dos diálogos interinstitucionais

O direito de antena dá aos partidos políticos acesso a rádio e televisão gratuitos para promover seus representantes em época de eleições. Também é conhecido como horário eleitoral e está disposto no artigo 17 da Constituição da República.

Tendo tal conceito aclarado é imperioso retomar o contexto histórico que permeia o direito de antena e acesso ao fundo partidário discutido na ADI nº 5.105. Para isso, retoma-se o estudo da obra de Mendes, que aborda o tema da fidelidade partidária em 2011, antes de serem decididas as ADIs 4.430 e 4.795, tampouco o início do Projeto de Lei nº 4.470 - que originou a Lei nº 12.875/2013.

Em 2008, o STF decidiu nas ADIs nº 3.999 e nº 4.086 que o mandato parlamentar pertence ao partido político, não ao deputado. Isso porque, na visão da Corte, a migração partidária causa insegurança ao corpo eleitoral e aos partidos, privando-os da representatividade conquistada nas urnas, sendo uma afronta ao sistema proporcional.

Essa decisão foi polêmica por seu ativismo, que foi vista por Mendes (2011) como “uma espécie de remédio” à omissão legislativa. Essa decisão foi um caso que

evidenciou o processo de ascensão judicial e queda parlamentar. Posições críticas questionaram a existência de uma omissão legislativa ou uma intencionada inércia legislativa por ausência de consenso sobre o tema. Nessa segunda visão, a atuação do judiciário tolheu o direito do legislativo de manter o *status quo* que na falta de conciliação sobre o tema não configura vácuo que permita o preenchimento por outra instituição.

O grande questionamento trazido por Mendes é se tais decisões poderiam ter sido menos agressivas através de uma atuação mais minimalista da Corte. Tal atuação poderia ter sido a de provocar uma resposta legislativa, por exemplo, a qual seria mais próxima a concepção de separação de poderes deliberativa, dos diálogos interinstitucionais. Ressalta-se que é de competência do Congresso Nacional regular sobre direito eleitoral, através de leis ordinárias ou emendas constitucionais, conforme o inciso I do artigo 22 da Constituição da República.

Finalizado esse pequeno apanhado de Mendes, voltamos à contextualização trazida pelo ministro Edson Fachin, o qual indicou que além dos Mandados de Segurança nº 26.603, nº 26.602 e nº 26.604 (julgadas em 2007 e publicadas em 2008) citados por Mendes na página 228 da obra de 2011, também sobrevieram os julgamentos das ADIs nº 3.999 e nº 4.086 em 12 de novembro de 2008. Nessas decisões foi pacificado o entendimento de as Resoluções nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral eram constitucionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 81).

Essas resoluções tinham por objetivo regular o processo de perda de mandato por desfiliação partidária e estabelecer hipóteses de justas causas de migração partidária. Abarcaram, portanto, a regulamentação da fidelidade partidária, e estabeleceram que o cargo eletivo no sistema proporcional pertence ao partido e não ao candidato conforme a Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. Nessa Resolução o Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Entretanto, segundo a posição da autora dessa dissertação, apesar das resoluções supracitadas terem estabelecido que o cargo de eleições proporcionais pertence ao partido e que existe a possibilidade da perda de mandato do parlamentar

caso não tenha justa causa para sua desfiliação ou mudança de partido, as resoluções não estabeleceram uma relação direta entre o mandato e os efeitos do mandato. Os ministros não abordaram se a representatividade acompanha ou não o deputado que tiver justa causa para migrar de partido. O que se tem é o parágrafo terceiro do artigo 47 da Lei nº 11.300 de 2006 informando em seu artigo 47 que “a representação de cada partido na Câmara é a resultante de eleição”. Tudo o que se tinha é um artigo de lei dispondo que a representação é estabelecida na eleição, sem mencionar a consideração ou não de fatos posteriores.

Considerando a publicação da decisão no Diário Oficial da União (DOU) do dia 17 de junho de 2009 - não foi disponibilizado a íntegra do acórdão no *site* do STF - a ADI nº 3.999 afirmou que as resoluções apenas teriam validade até o Congresso Nacional definir a matéria, tendo em vista ser de sua competência, salvaguardando assim a fidelidade partidária tendo em vista a omissão legislativa.

Percebe-se desse modo que a Corte, ao decidir os MS e as ADIs justificou sua atuação em uma suposta omissão legislativa. A Corte não admitiu a possibilidade de o legislador estar inerte por opção, não indiferença. Também não se utilizou de métodos mais “brandos” de decisão, como oficiar o Congresso, ou até mesmo pedir para que ele se manifeste sobre o tema e legisle.

Na ADI nº 4.430, julgada em 29 de junho de 2012, a Suprema Corte entendeu por declarar inconstitucional parte do parágrafo 2º do artigo 47 da Lei nº 9.504/1997. Foi reconhecido pelo Tribunal que os partidos novos têm direito de acesso proporcional aos 2/3 do tempo destinado à propaganda na rádio e televisão. Considerou também que a representatividade acompanha o deputado que migra para uma legenda recém-criada, equiparando-a aos casos de fusão e incorporação de partidos. Não abordou o tema de equiparação legislativa nos casos do fundo partidário.

O Projeto de Lei nº 4.470/2012 (transformado posteriormente em Projeto de Lei da Câmara nº 14/2013 no Senado Federal e promulgado como Lei de nº 12.875/2013) foi apresentado em 19 de setembro de 2012, menos de três meses após o julgamento da ADI nº 4.430. Era objeto do então projeto que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.” Aprovado na Câmara em regime de urgência, o projeto de lei - agora PLC nº 14/2013 - teve incorporado Projetos de Lei do Senado anteriores. Um deles, o PLS nº 268/2011 visava

regulamentar a distribuição de recursos partidários e considerar a legenda partidária em todos os casos de proporcionalidade partidária. Frisa-se que tal projeto foi proposto em 18 de maio de 2011, antes da decisão da ADI nº 4.430.

Entretanto, o projeto sofreu interferência do Supremo Tribunal Federal, que, pelo Mandado de Segurança nº 32.033, teve sua tramitação suspensa por uma liminar do Ministro Gilmar Mendes que, apenas foi retomada em 20 de junho de 2013, tendo a segurança denegada e a liminar cassada por ausência de previsão legal de controle preventivo em projeto de lei. Ou seja, o projeto só pôde seguir seu curso 9 dias antes da publicação da ADI nº 4.430, que ocorreu em setembro de 2013.

Resta, portanto, mais do que evidenciada a contemporaneidade da discussão do tema de fidelidade partidária entre os poderes no período do advento da Lei nº 12.875/2013. O STF havia acabado de inovar sua jurisprudência ao equiparar a representatividade nos casos de fusão e incorporação de partido à criação de novas legendas nos casos de divisão do horário eleitoral.

Diversas polêmicas circundam a atuação da Corte ao jurisdicionar o tema, primeiramente por não observar a vontade ou não do legislador em deliberar sobre o tema de sua competência em 2007/2008 a ADI nº 3.999, o que novamente sucedeu ao julgar a ADI nº 4.430 em junho de 2012.

Outro fator emblemático foi a admissão mesmo em caráter liminar de suspensão de trâmite de processo legislativo por Mandado de Segurança, o que se tornou uma latente violação da constituição e da divisão dos poderes.

Também deve-se analisar o aspecto de que nenhum dos julgados ou regulamentações anteriores à promulgação da Lei nº 12.875/2013 versou especificadamente sobre o fundo partidário e qual o critério de representação seria utilizado em casos de mudanças de partido para uma nova legenda.

Entretanto, a atuação mais ativista e arbitrária do judiciário foi admitir liminarmente a suspensão da regular tramitação de um projeto de lei, tendo em vista que mesmo sendo posteriormente tendo a segurança denegada, tal decisão admitiu momentaneamente o controle judicial de constitucionalidade material de normas em formação. Não existe essa espécie de controle no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a atuação de guardião entrincheirado do Supremo Tribunal Federal.

Há de se ressaltar que, apesar de não ter havido rodadas procedimentais propriamente ditas, houve intensa interação entre os poderes com relação à fidelidade partidária, e a representatividade para efeitos de acesso ao fundo partidário e

propaganda eleitoral. Após a ADI nº 5.105, diversas legislações sobre o tema foram promulgadas.

Várias leis e emendas constitucionais advieram após a ADI nº 5.105 que acarretou uma efetiva superação legislativa, e mudanças significativas no sistema político e eleitoral. A Lei nº 13.107/2015 tratou da fusão de partidos políticos, enquanto a Emenda Constitucional 97/2017 proibiu as coligações partidárias nas eleições proporcionais e estabeleceu regras para o acesso dos partidos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão. A Emenda Constitucional nº 111/2021 regulamentou a realização de consultas populares simultâneas às eleições municipais, além de tratar da fidelidade partidária, alterar a data de posse de governadores e do presidente da República, e estabelecer regras transitórias para a distribuição dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), bem como para o funcionamento dos partidos políticos.

Por fim, a Lei nº 14.211/2021 fez ajustes na Lei das Eleições e no Código Eleitoral para se adequar à proibição constitucional de coligações nas eleições proporcionais, estabeleceu critérios para a distribuição de lugares pelos partidos e candidatos com base nas maiores médias nas eleições proporcionais e reduziu o limite de candidatos que cada partido pode registrar nessas eleições.

Enquanto primeira dispôs sobre a fusão de partidos políticos, a segunda - que efetivamente superou o decidido em ADI nº 5.105 -, vedou as coligações partidárias nas eleições proporcionais, além de criar normas de acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão. A terceira disciplinou dentre outras coisas o instituto da fidelidade partidária, e estabeleceu regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos, além de considerar dobrada a representatividade de deputadas e de deputados pretos eleitos. Por último, a quarta lei ajustou a sua redação à vedação constitucional de coligações nas eleições proporcionais; fixando critérios para a participação dos partidos e dos candidatos na distribuição dos lugares pelo critério das maiores médias nas eleições proporcionais; e para reduzir o limite de candidatos que cada partido poderá registrar nas eleições proporcionais.

Assim, é nítido que o tema da fidelidade partidária para efeitos de direito de

antena e acesso ao fundo partidário é uma pauta aquecida, por estar constantemente em provocação. Entretanto, apesar do advento de leis posteriores datadas de 2015 a 2021, não houve até o momento nova manifestação do judiciário sobre o tema, podendo ser considerada estabilizada no âmbito judicial.

Desse modo, ao analisar a atuação do STF no histórico de desenvolvimento do tema até a decisão da ADI nº 5.105 não foi possível observar uma efetiva aplicação da Teoria dos Diálogos Interinstitucionais. Não houve rodadas deliberativas ou atuação “amigável” do STF para promoção de uma cultura democrática saudável. O que houve foi a utilização da própria teoria dos diálogos para sua subversão, deixando nítido a aplicação da teoria como subproduto para racionalizar a decisão, não como método essencial da decisão, conforme já previsto na obra de Mendes (2011, p. 185). Observa-se ataques reiterados à separação dos poderes e ao controle de constitucionalidade brasileiro com decisões judiciais autoritárias que reprimiram a todo o momento a atuação do Congresso Nacional no histórico de discussão do tema até a ADI nº 5.105.

Com relação aos votos, alguns ministros citaram a teoria dos diálogos institucionais, - ou interinstitucionais como traz Mendes (2011) -. Houve também um certo debate sobre o que seria tal teoria.

O relator Ministro Fux (p. 24), adotou alguns como marcos teóricos de seu entendimento sobre Diálogos Institucionais. A obra “Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho”, dos autores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto os quais defendem que:

[...] não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. [...]. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição - nem do Judiciário, nem do Legislativo - o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 402 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 25).

Pontua também a ideia de limitação do poder presente no sistema de freios e contrapesos favorece a diversificação dos intérpretes da Constituição, em vez de um único monopólio de interpretação, conforme a obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’” (HÄBERLE, 1997 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal

Federal, 2016, p. 26).

Cita a obra de Brandão (2012) por entender de que a crença de que a interpretação constitucional cabe exclusivamente ao Judiciário leva à falta de envolvimento dos outros “poderes” e atores privados no processo de interpretação constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 28).

Traz o marco teórico de Christine Bateup (2006, p. 36) segundo a qual define em sua obra” *The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*” de 2006 o entendimento que o diálogo como “um meio normativamente desejável para a leitura constitucional ser desenvolvida com o passar do tempo” Isso porque gera ‘intercâmbio mais intenso’ entre atores iguais resulta em maior interpretação da Constituição ‘vibrante e durável’” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 28).

Reconhece (p. 30) que a interação interinstitucional tem como premissa “dialogica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância”. Assim, “afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional”, interpretando Roberto Mangabeira Unger (1998) no livro “*Democracy realized: the Progressive Alternative*”.

Cita o entendimento do professor Gustavo Gama Vital de Oliveira (2013, p. 138) trazido em seu livro *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*”. A não extensão do caráter vinculante das decisões de teor constitucional exaradas pelo STF ao Legislativo, não dá a ele ampla prerrogativa para legislar contra essas decisões. A possibilidade existe, mas possui critérios específicos. Assim, é possível a alteração infraconstitucional de decisão do STF, desde que estejam respaldadas constitucionalmente.

Passando para o entendimento pessoal do Ministro Fux (2015, p.29-30), ele afirma que os pronunciamentos do STF vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo.

Assim, cita a teoria de Conrado Hübner Mendes, a qual defende que para haver uma real interação e diálogo institucional, o STF deverá atuar como um catalisador deliberativo, buscando os argumentos de melhor qualidade democrática visando maior desenvolvimento constitucional.

Pelo entendimento deliberativo de Fux, a interpretação dada nas decisões do STF é entendida como última palavra provisória. Deve fomentar o surgimento de

novas rodadas de debate entre as instituições e a esfera pública. Não há espaço para monopólio e romantismo institucional.

Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional[...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 30).

Desse modo Fux tem seu entendimento dentro da proposta teórica de Conrado Hubner Mendes. Reconhece que o Legislativo promoveu uma evolução jurisprudencial por reagir a correção feita da jurisprudencialmente e por possibilitar o diálogo constitucional, entretanto ressalva que existem parâmetros constitucionais que devem ser respeitados.

Fux (2015, p.62) fomenta o debate ao esclarecer que uma lei que nasce violando decisão em controle concentrado de constitucionalidade do STF possui presunção de inconstitucionalidade. Para ser constitucional a norma deverá trazer novidade constitucional. O entendimento de Fux conversa com o entendimento teórico de Mendes. É plausível o entendimento do ministro ao sustentar que para uma lei superar o entendimento jurisprudencial, ela deverá propor um aprofundamento nos debates constitucionais. Desse modo, apesar dessa autora entender que a Lei 13.107/2015 possui inovação constitucional legislativa, entendo que Fux utilizou corretamente da teoria dos diálogos trazidas por Conrado Mendes.

Gilmar Mendes (2015, p. 52) entende que o STF possui “soberanamente, o monopólio da última palavra em interpretação constitucional” e que o legislador não pode se opor ao entendimento do tribunal sob pena de usurpação, por parte do Congresso Nacional, da função de “intérprete final da Lei Fundamental” da Corte. Assim, Gilmar Mendes (p. 53) compreende que por ser Guardiã da Constituição, o Supremo Tribunal Federal impossibilita o Congresso Nacional de reformar o texto constitucional mediante lei. O diálogo institucional, para visão do Ministro (p. 188) é a declaração “relativamente pacífica e tranquila” de declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, resta claro a impossibilidade de um efetivo diálogos interinstitucionais proposto pela teoria de Conrado Hubner Mendes na visão do ministro.

O ministro Dias Toffoli entende que se deve defender institucionalmente a deliberação produzida pela Corte, assim como “louvar” a postura aberta do Congresso

Nacional para o debate institucional. Ao legislar sobre o financiamento de campanha após decisão judicial, o Congresso utilizou-se da denominada superação legislativa. Ressalta que as decisões do Congresso Nacional são evidentemente "extremamente mais complexas" que as tomadas pelo Tribunal. Isso porque o STF é um órgão colegiado de 11 ministros. Mesmo assim, Toffoli (p. 74) ressalta que nem sempre o entendimento é unânime. Já o Congresso Nacional é uma instituição colegiada composta por 513 Deputados Federais e 81 Senadores. Manter essa pauta aquecida no debate permanente na sociedade é primar por um debate institucional aberto.

Edson Fachin (p.83-84) entende que a promulgação pelo Congresso Nacional de lei que deixou de seguir a orientação das decisões prévias da Corte (ADI 's 4.430 e 4.795) é legítimo, já que o entendimento da corte era oposto. Assim, o ministro entende que o STF não pode declarar a inconstitucional a opção do Legislativo, pois seu entendimento decorre de escolhas válidas em termos constitucionais, não sendo uma opção teratológica. Entende que o Judiciário não pode se sobrepor a escolhas válidas de competência do Legislativo. Entende ser adequado a autocontenção da Corte.

O entendimento de Fachin, apesar de não vir fundamentado a nenhum marco teórico específico sobre a teoria dos diálogos interinstitucionais, referiu-se a ela explícita e diretamente. Seu entendimento em adotar a autocontenção conversa com as virtudes passivas defendidas por Mendes. Valorizar e entender a legitimidade do Legislativo em superar a decisão do STF confere o entendimento de que não há um monopólio sobre a interpretação constitucional, ressalta que a última palavra tem caráter provisório e que as rodadas procedimentais são essenciais para a legitimidade da construção constitucional democrático.

O Ministro Barroso (p. 87) aborda a importância dos diálogos institucionais como forma de interpretação constitucional, destacando que a supremacia judicial deve ceder espaço a esses diálogos. Ele enfatiza que não deve haver uma decisão final e definitiva sobre questões constitucionais, e que a interpretação, mesmo consagrada pelo STF, deve permanecer aberta ao debate público e a novas propostas.

No que diz respeito aos diálogos institucionais, o Ministro menciona três formas de manifestação: o apelo ao legislador, onde o STF informa ao Congresso sobre a necessidade de uma mudança na legislação; a devolução da matéria pelo STF ao Congresso, incentivando-o a disciplinar o assunto; e a superação da jurisprudência,

onde o Congresso edita ato normativo em sentido diverso ao interpretado pelo STF.

Barroso (p. 89) destaca que a superação da jurisprudência pode ser feita por emenda constitucional ou por lei, ressaltando que a regra é que seja feita por emenda. Ele argumenta que essa manifestação de diálogo pelo Congresso é legítima para preservar as regras do jogo democrático e evitar distorções das maiorias. Defende, portanto, a abertura de espaços para diálogos institucionais, a superação da jurisprudência e a não atribuição de uma última palavra definitiva na interpretação constitucional, em prol da democracia e da pluralização dos intérpretes.

Já o ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se abertamente em favor da supremacia judicial e adepto a última palavra tradicional. No entendimento desta autora, o ministro não foi feliz ao interpretar o voto de Fux, pois o relator votou pela procedência da ação, enquanto Lewandowski pela improcedência. A fundamentação de Fux trouxe a teoria dos diálogos interinstitucionais onde inexistente detentor da última palavra em interpretação constitucional. Opta pela inconstitucionalidade da Lei 12.875/2013 por entender não haver fundamentação suficiente pelo Congresso que motivasse a superação legislativa do entendimento exarado pelo STF em ADIs 4.430 e 4.795, adotado uma postura mais ativista.

Conclui-se desse modo que a Teoria dos Diálogos Interinstitucionais não foi adequadamente aplicada pelo STF no contexto de jurisdição da fidelidade partidária e no acórdão nº 5.105. Observa-se que desde o estudo do Conrado Hübner Mendes foi possível observar um judiciário atuando como “guardião entrincheirado” herói da democracia brasileira e um legislativo cada vez mais reprimido e acanhado.

Ressalta-se que podemos observar a “retórica do guardião entrincheirado” prevista por Mendes, tendo em vista que o judiciário legislou em matéria competente ao legislativo, por promover resoluções no TSE e sua ratificação como constitucionais pelo STF, assim como por reconhecer inconstitucional norma promulgada pelo legislativo por supostamente não superar as jurisprudências, que não estavam pacificadas. Observa-se inclusive a interferência do STF no processo legislativo. Assim, diversas as situações que o judiciário impediu a participação genuína do legislador, que esquivado de sua responsabilidade não legislou originalmente, e quando o fez, não foi capaz de desafiar a decisão judicial.

Apesar de reconhecer que a explicação da Teoria dos Diálogos pelos Ministros Luiz Fux, Barroso e Mendes na ADI nº 5.105 resultou em um pequeno passo para sua efetivação no cenário nacional, observa-se que o que foi decidido foi absolutamente

contrário ao defendido pela teoria, tanto analisando o acórdão em específico, quanto se olharmos a evolução da discussão do tema da representatividade no direito de antena e no fundo partidário.

Mendes em 2011 previu circunstâncias e erros ocorridos na ADI de 2015, quando a discussão sobre o assunto estava apenas se iniciando, revelando sua obra como atual e necessária. Entretanto, com o advento de novas legislações, principalmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 97, observa-se uma certa estabilidade do tema na Suprema Corte. Entretanto, como nenhuma decisão é terminativa, nada obsta que haja uma nova interação das instituições sobre o tema. O que resta é aguardar para que se houver, seja efetivamente uma rodada deliberativa, não uma interação de autoridade.

4 USO DO AMIANTO - ANÁLISE DA ADI Nº 4.066

4.1 Os votos do acórdão da ADI nº 4.066

A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA instauraram a presente ação direta de inconstitucionalidade pleiteando que o art. 2º da Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995, que “disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim” fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O acórdão de relatoria da Ministra Rosa Weber foi publicado em 24 de agosto de 2017 teve como principal foco de discussão a adequabilidade da norma supracitada com os acordos internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Basileia. Tais acordos atestam a nocividade da exposição em qualquer grau ao amianto e que medidas deverão ser adotadas para suprimir a utilização e a comercialização de materiais que contenham tal componente. Ademais, têm-se direitos constitucionalmente previstos como proteção a saúde (art. 6º da CR/1988) e desenvolvimento nacional sustentável (art. 174, §1º, da CR/1988).

A decisão ficou com o placar de 5 a 4 pela declaração de inconstitucionalidade, entretanto, por ter um quórum abaixo do mínimo regimental (art. 23 da Lei nº 9.055/1995), a constitucionalidade da norma foi mantida. Votaram a favor da constitucionalidade do artigo os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Pela inconstitucionalidade votaram a Relatora Ministra Rosa Weber, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carmen Lúcia. Foram ausentes os ministros Dias Toffoli, Teori Zavaski e Roberto Barroso.

Na ementa são ressaltados os Limites da Cognição Jurisdicional do tribunal, já que ele não possui capacidade técnica para avaliar e apurar questões de saúde, sendo adstrito o acórdão às questões jurídico-normativas.

Limites da cognição jurisdicional. Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. (BRASIL. Supremo

Tribunal Federal, 2017, p. 5, grifo nosso).

Ainda estabelece que a tarefa da corte seria decidir se a exploração do amianto crisotila conforme regulada em lei é compatível com o consenso médico-científico e com direitos constitucionais à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. São ponderados também os princípios da livre iniciativa; dignidade da pessoa humana; valor social do trabalho; direito à saúde; desenvolvimento econômico; progresso social e bem-estar coletivo.

A ementa ainda esclarece que está em questão a Convenção 139 da Organização Internacional do Trabalho que regula a utilização do asbesto, da qual o Brasil é signatário, possuindo, portanto, status de supralegalidade. Informa também que a jurisprudência da Organização Mundial do Comércio entende que a proibição da importação do asbesto por norma doméstica não caracteriza discriminação arbitrária, injustificada ou restrição disfarçada ao comércio internacional.

Finalmente sustenta que tal restrição seria conforme o artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o qual autoriza a implementação de medidas que restringem o comércio quando estas protejam a vida ou a saúde humana, no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e no Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

O resultado foi de que apesar de terem atingido o placar de cinco votos contra quatro pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, esta não atingiu o quórum mínimo de seis votos necessários para decisão acerca da constitucionalidade de leis, conforme o artigo 97 da Constituição da República. Desse modo, a corte decidiu pela não pronúncia da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, por ausência de quórum mínimo estabelecido no artigo 97 da Carta Magna. Informou que os ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli estavam impedidos de votar, Gilmar Mendes estava justificadamente ausente.

Proceder-se-á a uma análise dos votos que consubstanciaram o julgamento da ADI nº 4.066. Ressalta-se que ao final do capítulo expor-se-á a crítica da autora da dissertação sobre o caso e os votos, à luz da teoria dos diálogos interinstitucionais.

Tendo em vista que o posicionamento vencedor (apesar de não atingido o quórum mínimo) entendeu pela inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995, analisam-se primeiramente os votos vencedores e depois os de divergência, respeitando a ordem que foram proferidos. Assim, inicia-se a análise de votos pelo da

relatora, Ministra Rosa Weber, passando para o voto do Ministro Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Carmen Lúcia. Após tem-se os votos de divergência, quais sejam dos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

4.2 Votos do relator e acompanhando o relator

4.2.1 Ministra Rosa Weber

A ministra Relatora da ADI nº 4.066 entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995. A Weber destaca a importância da atuação do Ministério Público e da magistratura trabalhista na temática da saúde do trabalhador e ressalta a nocividade do amianto, relacionando-o a diversas doenças graves. Ela explica as propriedades e riscos do amianto crisotila, enfatizando sua prevalência em várias áreas industriais e a exposição a trabalhadores e consumidores.

Ao examinar o direito internacional e o direito comparado, a Ministra argumenta que a exploração do amianto crisotila já foi abolida em muitos países e que o Brasil é permissivo em relação a esse mineral. Ela conclui que a exploração do amianto crisotila é inconstitucional devido ao conhecimento científico dos riscos associados a ele, à ineficácia das medidas de controle e à incompatibilidade com os direitos à saúde e ao meio ambiente. A Ministra defende que o STF não pode se furtar a fazer valer a Constituição diante de uma escolha política que sacrifica direitos protegidos por ela. Estuda a limitação da cognição jurisdicional o qual ressalta não ser papel do Supremo Tribunal Federal decidir sobre a nocividade do amianto crisotila, devendo ater-se à realidade empírica apresentada pela investigação tecno-científica, ou seja, o estado da arte no momento do julgamento. Assim, informa que a questão a ser respondida pelo tribunal é se a extração do amianto crisotila conforme autorizado pelo artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 é constitucional, levando em consideração o consenso médico e científico atual e os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sustenta que é missão das constituições modernas a efetivação de igualdade substantiva, exigindo sempre uma atuação positiva do Estado visando a eliminação de obstruções à sua concretização. O desenvolvimento econômico, portanto, não está dissociado do processo de garantias sociais, sendo substancial sua concretização para um pleno desenvolvimento social, tanto na perspectiva de direitos individuais

quanto nos direitos coletivos.

Desse modo, a mesma Constituição que postula direitos fundamentais individuais e coletivos é aquela que estabelece ao Supremo Tribunal Federal a guarda desse “arcabouço axiológico”, que “requer sensibilidade para suas nuances” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 45).

A Constituição estabelece a possibilidade de o Estado impor limitações aos direitos fundamentais em detrimento de outros direitos fundamentais. Assim, o direito à livre iniciativa não impede a imposição de condições e limites para exploração de atividades privadas, principalmente ao relacionar-se ao direito à saúde e ao meio ambiente.

Entende que o tratamento dado pela Carta Magna ao direito à saúde é ligado à “tutela da pessoa humana”. Desse modo, por fazer parte da integralização da “dignidade da pessoa humana”, é vedado sua relativização e limitação. Assim, é dever do Estado garantir sua efetividade com o estabelecimento de políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças inclusive no trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança.

Para a ministra o poder constituinte, como representante primário do povo soberano retirou da esfera de ponderação do Poder Legislativo - representante secundário do povo soberano - a possibilidade de avaliação e relativização do direito à saúde. Desse modo, a satisfação do direito à saúde não possui a necessidade de intermediação política. Infere que conforme o arranjo constitucional é legítimo o estabelecimento de proteções que tenham por objetivo acentuar a garantia do direito à saúde, principalmente quando existem grupos específicos vulneráveis.

In casu, a ministra ressalta que essa é a situação dos trabalhadores expostos ao amianto. Em suas palavras:

A **cláusula constitucional** geral da **proteção à saúde** constrange e ampara o legislador - Federal, Estadual, Distrital e Municipal - **ao excluir previamente certos arranjos normativos, com ela incompatíveis, do leque de escolhas políticas possíveis**, ao mesmo tempo em que cria uma esfera de legitimação para determinadas intervenções político-normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 50, grifo no original).

Em contrapartida, a ministra brevemente menciona que a Constituição, ao designar ao Estado o dever de proteger a saúde, não quer dizer que não se pode

haver restrição a todo e qualquer direito que tenha por resultado algum “nível de incremento no coeficiente da saúde”. Isso porque o sentido do direito constitucional à saúde, a seu ver, “deve ser preponderantemente construído pelo legislador”, principalmente quando envolve limitações a outros direitos fundamentais. Nesse sentido, ressalta que nesses casos é responsabilidade da Corte “não ultrapassar a linha” que separa a “afirmação de direitos básicos e a definição das pautas políticas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 50).

Mesmo assim, entende não ser ultrapassar a linha entender o direito à saúde como um princípio, podendo ser afirmados pelo Poder Judiciário conteúdos decididos pelo poder constituinte sem necessidade de intermediação política. A seu ver, tal ação da corte seria “levar direitos a sério”. Na expressão supracitada, a ministra cita a doutrina de Jeremy Waldron, a qual a definiu em passagem, aqui transcrita:

Levar os direitos a sério, então, é responder respeitosamente a esse aspecto de alteridade e então estar disposto a participar vigorosamente - mas como um igual - na determinação de como devemos viver juntos nas circunstâncias e na sociedade que compartilhamos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 52).

A relatora ressalta a limitação da cognição jurisdicional do STF, afirmando que o tribunal deve basear sua análise na realidade empírica e científica no momento do julgamento. Ela discute a compatibilidade entre a norma da Lei nº 9.055/1995 e a Convenção nº 162 da OIT e analisa a evolução da jurisprudência sobre a exploração do amianto. Entende que “a apreciação jurídica e constitucional [...] conduz à inconstitucionalidade da opção legislativa [...] em território nacional”, já que a Lei nº 9.055/1995 condiciona a exploração do amianto às normas internacionais tais como as Convenções nº 139 e nº 162 da OIT, a Convenção de Roterdã, e ao posicionamento da Organização Mundial da Saúde no *caput* de seu artigo terceiro, conforme transcreve-se:

Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, e nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário. (BRASIL, 1995).

No entendimento da Ministra, como todas as normas internacionais visam a eliminação - mesmo que progressiva - do uso de todo e qualquer amianto - inclusive

o crisotila - a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da respectiva norma não seria uma afronta ao direito internacional, pelo contrário, seria a confirmação de sua efetividade no plano interno.

Entende ser necessário o balanceamento entre o direito à livre iniciativa e esses direitos fundamentais. Ela destaca a missão das constituições modernas em garantir igualdade substantiva e a importância do Supremo Tribunal Federal na proteção desse "arcabouço axiológico". A Ministra também explora a relação entre o direito à saúde e ao meio ambiente, enfatizando a obrigação do Estado de garantir a efetividade desses direitos por meio de políticas públicas.

Ressalta não ser razoável a exploração do amianto do tipo crisotila tendo em vista todo o conhecimento médico-científico e a ineficácia das medidas de controle previstas, além de sua incompatibilidade com o direito à saúde e ao meio ambiente. Entende que no plano internacional, o Brasil assumiu o compromisso em reduzir progressivamente o nível de exposição e utilização do minério, o que não ocorreu desde o advento da norma federal. Conforme segue:

Não pode o Supremo Tribunal Federal, a meu juízo, se furtar ao dever de fazer valer a Constituição da República diante de ato do Poder Legislativo materializador de escolha política que, ao sacrificar direitos protegidos pela Constituição, ingressa em terreno que lhe fora interdito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 67).

Por conseguinte, a Ministra Rosa Weber aborda a questão da fixação de prazos para que o legislador produza normas que estabeleçam novos cronogramas de abolição do uso do amianto. Ela observa que a situação não se trata de um caso em que seja adequado impor prazos específicos para a criação de regulamentações futuras. A Ministra sugere que, ao analisar o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, que é a fonte positiva que estabelece e autoriza a exploração do amianto no país, é evidente que essa norma não oferece a devida proteção.

Consequentemente, a Ministra argumenta pela inconstitucionalidade do artigo 2º da referida lei com base no princípio da proteção deficiente. Ela destaca que a Constituição é clara em relação à importância de proteger a saúde e o meio ambiente, e que o próprio direito à saúde é vinculado à tutela da pessoa humana e à dignidade da pessoa. Nesse contexto, a Ministra enfatiza que a exploração do amianto crisotila apresenta sérios riscos à saúde das pessoas e ao meio ambiente, tornando a proteção oferecida pela lei insuficiente.

4.2.2 Ministro Edson Fachin

O ministro inicia seu voto analisando a preliminar de legitimidade suscitada das associações Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e Associação Nacional dos Procuradores e das Procuradoras do Trabalho (ANPT), informando que é de competência a atuação institucional de ambas. Em sequência faz um apanhado do processo, ressaltando os principais pontos da inicial, contestação, dos *amici curiae* e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

Assim, seu posicionamento consiste em afirmar que o direito à saúde, principalmente do trabalhador, exige que o Estado defenda medidas preventivas que assegurem sua efetividade. Ressalta que no caso do amianto, é necessária a adoção do princípio da razoabilidade, analisando a possibilidade de substituição e proibição de seu uso. Portanto, não é necessário discutir a utilidade do amianto e sim o custo-benefício de seu emprego, versando sobre a ética da Lei nº 9.055 sob a perspectiva do direito à saúde.

Ressalta que é função do Estado fazer esta ponderação entre custo-benefício. Entende ser complexa tal análise ao deparar-se com as diversas visões que a população tem sobre o tópico e, por isso, deve ser promovido ao máximo a participação da sociedade na discussão. A saúde possui um “mínimo existencial” e que sua regulação é justificada para “promover a satisfação de interesses essenciais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 118). Assim, a regulação pelo Estado se dá por um juízo técnico que garante a participação dos mais diversos setores, inclusive da economia.

O ministro percebe que a atuação Estatal no que concerne à crisotila visa “harmonizar a possibilidade de se realizar a exploração segura de determinada matéria e, ao mesmo tempo, garantir a alocação equitativa dos bens disponíveis” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 118). Assim, a política exploratória de produtos perigosos afasta inicialmente o controle judicial das atividades da Administração Pública.

Ressalta que é vedado ao Poder Judiciário fazer controle de mérito de ato administrativo. Assim, apesar de ser essencial a atuação do judiciário para garantir o respeito e a igualdade entre as partes, há grandes chances que o reconhecimento do direito possa promover uma injustiça global. Isso porque não é fácil de diferenciar os

critérios distributivos e técnicos dos jurídicos, podendo resultar em malefícios ao invés de justiça.

Entretanto ressalta que, apesar de complexo, a dificuldade técnica de promover a justiça não pode ser utilizada como obstrução à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário. A Corte deverá assumir uma postura “deferente às escolhas técnicas ou democráticas tomadas pelos órgãos competentes, sem deixar que a Administração ou as entidades regulatórias deixem de prestar contas de sua atuação” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 122).

O Judiciário como regulador do Estado impõe que as demais instituições deem transparência às suas decisões. O tribunal, por sua vez deverá ser transparente ao trazer “fundamentos verificáveis” com encadeamento lógico às conclusões. Em contrapartida, tais decisões decorrentes, poderão ser revistas desde que trazidos outros argumentos.

Assim, seu entendimento é de que a Suprema Corte tem o papel de controlar decisões administrativas concernentes à saúde. Tal controle não detêm postura concorrente, mas sim cooperativa, com a finalidade de garantir a concretização dos direitos sociais, já que não é sua função institucional concorrer com os demais poderes quanto a realização de políticas públicas.

No caso em comento, há um aparente conflito entre o direito econômico à exploração e o direito à saúde e ao meio ambiente. Entretanto ressalta que em nossa Constituição, a ordem econômica deve valorizar e promover a dignidade do trabalho, a livre iniciativa, e a defesa do meio ambiente. Assim, não é possível que um direito exclua o outro, já que a promoção à saúde é a promoção do trabalho adequado. Assim, o ministro entende que deve ser analisado se a exploração do mineral é ou não compatível com a Carta Magna.

Inicialmente, ressalta que o Legislador atuou com cautela ao proibir as variedades mais nocivas do amianto, que as normas de segurança foram mantidas, que previu órgãos de controle e segurança para desenvolvimento de programas de fiscalização e monitoramento dos riscos à exposição, que as empresas que manipulam o mineral devem enviar anualmente informações aos bancos de dados do SUS, que têm limites de tolerância à exposição que deve ser observada. Ressalta que é exigida autorização para importação do amianto e que sua comercialização depende de registro brasileiro. Informou que após o advento da Lei nº 9.055/1995 novas normas continuaram a ser produzidas, mesmo que com alcance limitado.

Ressalta que houve uma Comissão na Câmara dos Deputados visando definir nova política nacional sobre o assunto, se o Brasil devia manter o uso controlado da crisotila ou se ocorreria sua substituição progressiva. Entretanto, o resultado dessa comissão não foi divulgado e alterações normativas deixaram de ser feitas. Entendeu por ser de conclusão lógica que as normas e os limites impostos na Lei nº 9.055/1995 não mais coadunam com as novas diretrizes científicas internacionais.

Assim, por não ter havido uma atuação efetiva das demais instituições sobre o avanço normativo da exploração do amianto, a atuação do judiciário tornou-se necessária. A seu ver, houve uma omissão parcial do legislador por proteger insuficientemente o direito à saúde. Ressalta que a norma publicada há 22 (vinte e dois) anos (na época do julgamento - em 2017) não sofreu reexames, tampouco com relação aos limites de tolerância à exposição, o que fez o Brasil ser um dos países mais permissivos.

Ao analisar que é possível atualmente a substituição do amianto por outros materiais, entendeu por ser inconstitucional o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, acompanhando a Relatora.

4.2.3 Ministro Ricardo Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski entendeu por acompanhar o voto da Relatora. Para isso, apresentou seu voto de modo relativamente conciso. Destaca que a norma discutida possuía 22 (vinte e dois) anos no momento de seu voto, época esta que não se tinha certeza científica sobre os potenciais danos à saúde decorrente à exposição do amianto.

Afirma que a evolução científica permitiu a conclusão de que não há mais dúvida acerca do dano à saúde que os expostos à crisotila estão sujeitos. Menciona a Nota Descritiva nº 43 de 2010 e o Critério nº 23, ambos da OMS, além da *International Agency Research of Cancer* que estabeleceram que não haver dúvidas acerca do potencial cancerígeno do amianto, e que não há controle absoluto da dispersão do mineral. Ressalta regulamentações internas que listam o amianto crisotila como agente cancerígeno de risco.

Ato contínuo entende por haver uma carência de proteção do Estado e que o Supremo Tribunal Federal, como foi provocado, deve se manifestar. Para o ministro, a deferência ao entendimento do legislador tem limites, se tratando em direito à saúde.

Esclarece que mesmo se não houvesse certeza quanto ao potencial cancerígeno do mineral, a corte deveria se respaldar no princípio da precaução e sanar a omissão legislativa.

4.2.4 Ministro Celso de Mello

O voto do ministro Celso de Mello teve por objetivo delinear a compreensão de que o art. 2º da Lei nº 9.055/1995 é inconstitucional por ação tanto por omissão. Para o ministro, a legislação federal ao regulamentar o uso do amianto na espécie crisotila conferiu proteção insuficiente à saúde da sociedade, em especial ao trabalhador exposto, e ao meio ambiente equilibrado.

No primeiro tópico, o ministro ressalta que a decisão a ser tomada pelo Tribunal será de grande relevância, pelo alto grau de significado à sociedade tendo em vista a discussão permear a preservação de direitos fundamentais da coletividade e da classe trabalhadora, podendo o tribunal ao proferir julgamento, ser julgado pela nação, pelos cidadãos e trabalhadores do Brasil.

Esclarece que todos os amiantos existentes são causadores de patologias graves, como cânceres de diversos tipos, sendo marcadas tais patologias pelo seu alto grau de letalidade. Desse modo, entende que o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 ao possibilitar a exploração de amianto na espécie crisotila estaria transgredindo a Constituição da República, por não respeitar o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a defesa do meio ambiente e a proteção à saúde.

Informa que quando era um projeto de lei, tal norma pretendia a substituição progressiva da utilização e comercialização do amianto e proibia a extração de todas as espécies do mineral, inclusive o crisotila. Cita a justificativa do PL, o qual explanava os riscos à exposição ao amianto e estabelecia um prazo de 4 (quatro) anos para a substituição do asbesto por fibras alternativas, possibilitando a adaptação dos setores econômicos afetados e conservando os postos de trabalho. Ressalta que em sua tramitação, o projeto de lei sofreu alterações substanciais, alterando o propósito a qual foi formulado ao possibilitar o uso controlado do amianto, mesmo tendo por conhecido seu alto grau de nocividade.

No Segundo tópico foi exposto seu entendimento que a utilização e exposição do amianto como regulamentada na Lei nº 9.055/1995 seria uma vulneração ao direito do trabalhador à preservação de sua saúde. Ressalta que os riscos inerentes à

exposição ao amianto seriam um inadimplemento estatal por não observar o direito de proteção à saúde e a defesa do meio ambiente.

Entende que o direito à saúde é indissociável ao direito à vida, sendo um direito indisponível e que é dever do Poder Público velar e implementar políticas sociais efetivas que promova sua garantia. A redução de riscos à saúde é imposta pela Carta Magna e a regulamentação da exploração do amianto seria, a seu ver, uma omissão legislativa, por não proteger o suficiente o trabalhador e a sociedade aos riscos inerentes da atividade. Ressalta que o uso do amianto - inclusive o crisotila - foi proibido em mais de 50 países, inclusive todos os Estados-membros da União Europeia que está desde então delineando estratégias para erradicação do amianto. Informa também que a OMC entendeu por não ser transgressão ao “*fair trade practice*” a vedação da importação e comercialização do amianto, estando em total conformidade ao artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o qual autoriza a adoção de medidas restritivas ao comércio “necessárias para proteger a vida ou a saúde humana”.

O ministro volta à discussão ao Brasil, afirmando que o país está a descumprir seus deveres constitucionais quanto à defesa da saúde e do meio ambiente, ao se vestir de “aparente desinteresse em conferir efetividade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 221) aos compromissos assumidos internamente e no plano internacional, tendo em vista sua subscrição à Convenção da Basileia, e as convenções nº 139 e nº 162 da OIT, esta última versando sobre a utilização do amianto com segurança.

No tópico terceiro, disserta sobre a exposição às fibras e o direito subjetivo do trabalhador à efetiva proteção de sua saúde. Defende gravíssima obrigação assumida pelo país de garantir a efetividade do direito à saúde, inclusive e principalmente do trabalhador exposto, devendo o país adotar políticas públicas visando a prevenção e recuperação do trabalhador. É, a seu ver, um dever de prestação positiva, que apenas será satisfeito quando houver a efetiva concretização da determinação ordenada no texto constitucional. Assim afirma:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - qualifique-se como prerrogativa jurídica que legitima o cidadão (e o trabalhador) a exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. (BRASIL.

Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 222).

Adiciona que, sendo a situação aqui apresentada de relevância pública, o Poder Judiciário e o Ministério Público passam a ter legitimidade de atuar, tendo em vista a insuficiente atuação dos demais órgãos desrespeite a Constituição. Afirma que “a legislação federal ora em exame mostra-se incompatível com valores básicos e direitos fundamentais” constitucionais e não conceder “tutela adequada e proteção suficiente ao direito à saúde”. Entende que tal situação é “configuradora de inconstitucionalidade por omissão”, já que a tutela Estatal foi incompleta e imperfeita.

O quarto tópico trata da proteção insuficiente e o descumprimento da Constituição por inércia legislativa. Assim, inicia o tópico afirmando que há comandos constitucionais ordenando a atuação legislativa com o intuito de viabilizar a fruição de direitos, assim como à saúde e a redução dos riscos de doenças inerentes ao trabalho. Informa que o Poder Público se encontra inerte na elaboração de legislação eficaz, e que tal inércia está impedindo ilegitimamente o acesso da população à efetivação de tais direitos.

Informa que a União deixou de editar legislação que garantisse proteção suficiente ao trabalhador exposto, procedendo de modo imperfeito e incompleto no plano legislativo. Assim, por ser inconstitucional, tal omissão não pode ser tolerada, sob pena de desvalorização e desprestígio da Carta Magna, estimulando erosão de consciência constitucional e “o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal”.

Assim, a repulsa à inércia é medida que se impõe, devendo o Tribunal Constitucional atuar corrigindo tais inconstitucionalidades. A omissão legislativa, mesmo que parcialmente, de legislação que garanta efetiva proteção e amparo ao trabalhador caracteriza um estado de mora “incompreensível”, sendo assim o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 inconstitucional também por omissão, por não garantir de forma plena o direito à saúde e ao meio ambiente sustentável. Sustenta ainda que:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 228).

Desse modo a inércia é a não aplicação intencional de dispositivos

constitucionais, que gera uma mutação constitucional que altera o alcance e o sentido constitucional por paralisar sua aplicação e por promover a descrença na norma. Portanto, considerando a supremacia da Constituição, entende o ministro que é “essencial impedir o desprestígio da própria Constituição, seja por ação, seja por omissão dos órgãos, instituições e autoridades da República” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 231).

No quinto tópico, Celso de Mello defende que a dignidade da pessoa humana é fundamento inexorável da república e da democracia brasileira. E por isso, entende que a declaração de inconstitucionalidade da norma federal é inegável.

Em sequência sustenta a ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado - inclusive o laboral - que o amianto traduz. Informa que a Lei nº 9.055/1995 é eivada de “vício de inconstitucionalidade” por ir de encontro ao artigo 225 da Constituição da República. Assim, afirma a preocupação com a preservação do meio ambiente que “transcende o plano das presentes gerações”, sendo um compromisso não apenas do Brasil, mas das nações como um todo dar o “indeclinável respeito” à preservação do meio ambiente que é de toda a humanidade. Desse modo, entende que o “direito à integralidade do meio ambiente” é prerrogativa jurídica de titularidade coletiva (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 238).

Informa que os princípios da prevenção e precaução ambiental são de estatura constitucional, e por isso o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 é também inconstitucional. A nocividade do uso do amianto é de certeza científica e, portanto, a legislação ao regulamentar seu uso afrontou o princípio da prevenção. Cita o princípio nº 15 da Declaração do Rio ECO/92 ora transcrito:

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 241).

Assim, chama a “essência do direito ambiental” a qual é utilizada com a finalidade de evitar, neutralizar ou minimizar situações de risco em potencial ao meio ambiente. Sustenta o ministro que o direito ambiental é aplicável também ao ambiente laborativo.

Desse modo inicia seu entendimento da aplicabilidade do princípio da

precaução. Distingue que o princípio da prevenção trata de riscos conhecidos pela ciência enquanto o da precaução trata de riscos ainda desconhecidos. Conclui que mesmo que seja considerado incerto a nocividade do amianto crisotila, ainda sim seria legítimo e adequado rogar o princípio da precaução para invalidar a norma ora discutida, visando a manutenção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O ministro afirma que, quando há probabilidade de dano em consequência de atividade potencialmente lesiva, deverá haver adoção de medidas cautelares visando preservar o meio ambiente e a integridade da saúde e da vida humana pelo Poder Público. Assim, a única saída possível de decidir favoravelmente à preservação do meio ambiente, sendo incompatível o artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995.

Sustenta também no oitavo tópico que a atividade econômica não pode ser conflitante aos princípios constitucionais que efetivem a proteção ao meio ambiente. Isso porque os interesses corporativos estão necessariamente subordinados aos valores que conferem precedência à manutenção do meio ambiente.

Informa que existe um “permanente estado de tensão” entre o imperativo de desenvolvimento nacional e a preservação ao meio ambiente, sendo fundamental o reconhecimento que o desenvolvimento sustentável é a via única para harmonização de tais imperativos. Assim, a superação dos antagonismos deve resultar a adoção de critérios que possibilitem o poder público de ponderar e avaliar a todo instante tal equalização.

A ponderação de bens e interesses econômicos não pode esvaziar o conteúdo de outros direitos fundamentais, assim como o meio ambiente. Assim, a atividade econômica a ser adotada deverá ser sempre aquela que privilegie a “defesa do meio ambiente”.

Celso de Mello pontua que a vedação ao retrocesso social não permite a supressão de direitos sociais já alcançados. É impedido que as prerrogativas já alcançadas fossem revogadas, a não ser que haja o estabelecimento de políticas compensatórias.

Por último, sustenta que o Poder Judiciário deve fazer incidir norma mais favorável aos direitos sociais, sendo justificável a aplicação imediata de cláusulas inscritas nas convenções internacionais celebradas pelo Brasil. Por fim, o tópico decimo primeiro que decide por julgar procedente a ADI nº 4.066, para declarar inconstitucional o artigo 2º da Lei nº 9.055/1995.

4.2.5 Ministra Carmen Lúcia

A ministra em seu voto trouxe diversos votos proferidos por ministros em ações anteriores que discutiram o tópico do amianto. Entende ser de competência comum entre os entes federados legislar sobre matéria de saúde pública. Desse modo, reputa constitucional legislações locais que vedem a utilização do amianto, tendo em vista o artigo 23, inciso II da Constituição, a Convenção nº 162 da OIT e pela “preponderância na proteção constitucional à saúde”.

Entendeu que a Convenção nº 162 da OIT é uma norma internacional e que o Brasil assumiu o compromisso de “desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto”. Tal convenção e seu respectivo Decreto precedem a Lei nº 9.055/1995.

Na ponderação de princípios, a ministra entendeu por adotar o juízo de razoabilidade, entendendo que a Lei nº 9.055/1995 esvaziaria o compromisso internacional assumido de defender à saúde e pela competência comum dos entes federados para regulamentar tal situação. Ressalta o risco potencial das matérias-primas alternativas ao amianto que são “neste momento, menos perigosas, razão pela qual o poder executivo federal parece caminhar no sentido de recomendar o seu uso como substitutas do crisotila”.

Afirma ser necessário o afastamento do perigo concomitante à adoção de medidas de segurança de garantias das gerações futuras, fazendo a sustentabilidade ambiental efetiva. Reafirma que não há limites seguros para a exposição humana ao amianto, e que os Ministérios da Saúde e do Meio Ambiente proibiram a “utilização e a aquisição de quaisquer produtos e subprodutos que contenham qualquer tipo de asbestos/amianto ou suas fibras em sua composição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 280) Assim, conclui por entender procedente a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995.

4.3 Votos de divergindo do relator

4.3.1 Ministro Alexandre de Moraes

O ministro inicia seu voto informando que a Lei nº 9.055/1995 decorreu da adesão do Brasil à Convenção nº 162 da OIT, a qual estabeleceu uma diretriz de

progressiva proibição e substituição do uso do amianto por materiais com viabilidade tecnológica e econômica no cenário internacional. Nesse diapasão, a legislação brasileira proibiu o uso de todo e qualquer amianto, exceto o crisotila.

Para regulamentar a permissão do uso do amianto crisotila, a norma trouxe diversas condições e limitações para produção e utilização do material, indo além da “mera delimitação de normas gerais sobre o assunto”. Desse modo, com a finalidade de regulamentar e viabilizar o compromisso assumido internacionalmente de abandono progressivo do uso do amianto, o legislador admitiu a utilização do amianto crisotila, desde que respeitadas diversas condições e especificidades como grau de exposição, controle, fiscalização e imposição de sanções, por exemplo.

Pondera não haver dúvida científica acerca do perigo na exposição ao amianto, e que desde a edição da Lei nº 9.055/1995 até o momento do proferimento do voto houve uma evolução natural das pesquisas e dos estudos voltados ao tema. Entretanto, ressalta que, no contexto de 1995, já era conhecido que a fibra era nociva à saúde, sendo essa a motivação para sua edição. Tal lei foi a primeira norma de regulação do uso do mineral, com um olhar protetivo e evolutivo. Antes de sua edição, a regulamentação era feita através de normatizações esparsas sobre direito minerário, direito previdenciário e regras de segurança e medicina do trabalho.

Desse modo, identifica que o Congresso Nacional, no gozo de sua prerrogativa legiferante, optou por regulamentar a matéria permitindo a exploração unicamente do amianto crisotila. Ressalta que o legislador poderia ter agido de modo diverso, proibindo ou restringindo a utilização de todas as formas de amianto, mas escolheu regulamentar com uma ótica protetiva à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

O ministro ressalta que o caráter protetivo da legislação se concretizou quando a lei expressamente veda o amianto em todo o território nacional. A proibição é regra, amparada no conhecimento técnico-científico acumulado já naquele momento. No artigo seguinte excepcionaliza o amianto possibilitando a exploração única e exclusivamente da crisotila, com inúmeras regras e restrições ressaltando o caráter protetivo do legislador. Ao ver do ministro, os estudos científicos que ressaltavam a necessária proteção da saúde e ao meio ambiente não foram ignorados, pelo contrário, foram utilizados como parâmetro para estabelecer as limitações ditas na norma.

Houve a ponderação pelo Congresso Nacional, em caráter mandamental, de que aqueles que utilizarem o amianto permitido deveriam respeitar a legislação de

segurança. Assim, adequou as normas internas de segurança e higiene e as normas internacionais. Previu inclusive que as convenções que fossem posteriormente ratificadas seriam sempre incorporadas como atualização e incorporação de novos e válidos parâmetros.

O Poder Legislativo preocupou-se inclusive em atender o balanceamento entre empregador e empregado, exigindo respeito aos acordos assinados, que posteriormente foi complementado pelo Decreto nº 2.350/1997, que obrigou as empresas a firmarem acordos com seus empregados, com cláusulas de segurança e saúde no trabalho. Seu descumprimento acarretaria o cancelamento do alvará de funcionamento da empresa.

Resta cristalino aos olhos do ministro que a regulamentação trouxe proteção, não negou a nocividade à saúde da atividade econômica e a submeteu a uma série de critérios - inclusive internacionais - garantindo sua viabilidade. O legislador inclusive teve o cuidado de impedir o envelhecimento da norma, viabilizando sua atualização constante, de modo expresso.

Em sequência afirmou não observar desrespeito ao artigo 225, §1º, V da Constituição, pois “diz e utiliza como elementar do artigo o verbo ‘controlar’”. Isso porque a Lei nº 9.055/1995 faz um efetivo controle sobre a atividade potencialmente lesiva estando em total consonância e constitucionalidade com a Carta Magna.

Alexandre de Moraes reconhece que é da subjetividade de cada um ser a favor ou contra a regulamentação feita pelo legislador, o que é legítimo e necessário, mas que não houve omissão do legislador em ignorar a ideia de proteção à saúde. A própria lei reconhece que existem efeitos nocivos a exposição ao amianto.

O Congresso optou por editar a norma, e a fez a com cautela necessária, sendo impossível caracterizar inconstitucionalidade por omissão. Ademais, a lei em seu artigo 3º exige respeito e cumprimento de todas as convenções internacionais que versarem sobre o assunto que o Brasil for signatário, incorporando assim as Convenções nº 139 e nº 162 da OIT e as que ainda não existem ao seu regramento em caráter de atualização constante. Evidentemente tal artigo não impossibilita que o legislador a sobrevenha com uma nova legislação.

Segue seu raciocínio afirmando não ser caso de declaração de inconstitucionalidade por proteção insuficiente. Ressalta que proteção suficiente é a adoção de todas as medidas cabíveis, não uma “aniquilação absoluta de efeitos nocivos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 102). Defender a proibição total

da utilização do amianto é um posicionamento válido, mas subjetivo de cada um. Nesse sentido não cabe ao Supremo Tribunal Federal, interferir declarando a inconstitucionalidade da norma por omissão total ou parcial. Não há correção a ser feita, tampouco omissão ou inércia legislativa que “esteja impedindo o exercício ou o gozo de um direito fundamental” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 102).

A atuação do Poder Judiciário nesse caso traria uma substituição da vontade do legislador, legitimamente expressa que optou por adotar um posicionamento específico ao editar a lei. Ademais, a possível invalidação da norma traria uma lacuna legislativa que regressaria todo o progresso legislativo ao estado anterior de sua edição, sendo um latente retrocesso de proteção constitucional no uso do amianto. Assim afirma:

[...] a invalidação de normas que, queiramos ou não, representaram um avanço no controle e progressiva substituição do amianto teria o efeito contrário: resgataria a eficácia de quadro normativo ainda mais deficiente em termos de proteção a esses bens jurídicos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 103).

Desse modo, finaliza seu voto entendendo haver lei válida, eficaz e compatível com a Constituição que regula a utilização do amianto no território nacional, por estar em consonância as evoluções legislativas de saúde, higiene, segurança do trabalho, assim como de convenções e acordos internacionais e acordos entre empregador e empregado.

4.3.2 *Ministro Luiz Fux*

Em seu entendimento, a atuação judiciária divergente à posição legislativa seria uma “supremocracia”. Esclarece que não é possível existir uma judicialização da política e muito menos a criminalização da política, mas sim uma ação que gravita em torno da política, judicializada pelos políticos. A partir de seu ponto de vista, entende que não existe ativismo ou iniciativa judicial. Entende ainda que é função do judiciário em questões como essa é ter “humildade institucional” em reconhecer-se incompetente para elaborar tal decisão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 159-160).

Ensina que a Constituição de 1988 inovou com a ampliação dos canais de participação democrática, considerando a sociedade como um dos seus possíveis intérpretes. Com isso, a sociedade civil ganhou maior autonomia para atuar nas ações

de controle de constitucionalidade, principalmente pelo fato de que tais ações serão decididas pelo Poder Judiciário, que não são revestidos pelo escrutínio popular. Assim, entendeu que a Associação Nacional dos Procuradores e das Procuradoras do Trabalho (ANPT) - e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) possuem legitimidade para postular a presente Ação Constitucional. Desse modo, o ministro entendeu pela legitimidade das associações autoras, superando a preliminar e iniciando sua análise de mérito.

Luiz Fux inicia o tópico II, fazendo um breve resumo de qual a questão que deve ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal na presente ADI. O ministro entende que o grande questionamento é a apuração se a Legislação - Lei nº 9.055/1995 - que permitiu e regulamentou a exploração do uso do amianto crisotila no Brasil é válida ou se viola princípios constitucionais, tais como a saúde, proteção ao meio ambiente, redução de riscos inerentes ao trabalho e a proteção ao trabalhador (artigos 6; 7, inciso XXII; 196 e 225 da Constituição da República).

Analisa que a Convenção nº 162 da OIT estabelece diretrizes a serem concretizadas pelas autoridades competentes de cada país signatário, orientando o legislador interno a reduzir a utilização do material e sempre que possível substituí-lo por outras substâncias. Entende também que não há vedação absoluta e categórica da utilização do amianto, mas sim a obrigatoriedade de adoção de medidas que reduzam a utilização do amianto remetendo a um “juízo técnico e científico da autoridade competente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 151).

Esclarece também que no Brasil, a autoridade competente referida na Convenção da OIT é o Poder Legislativo Federal, tendo em vista a relevância do tema em âmbito nacional. Ele é que é competente para avaliar critérios políticos, técnicos e científicos, conforme recomenda o artigo 10 da Convenção. Assim, conclui que o processo de criação da Lei nº 9.055/1995 é válido e constitucional, sendo a norma portanto, constitucional em sua forma.

Fux define a legitimidade democrática da *judicial review* e sua dificuldade contra majoritária, onde o juiz, ao invalidar decisões legislativas amparado em disposições constitucionais abstratas sucumbe em moldar a Constituição conforme suas preferências políticas, ultrapassando sua legitimidade por não ser revestido pelo poder do voto popular.

Quando há abstração e vagueza constitucional em temas com complexidade técnica e o judiciário é provocado a manifestar-se, este deverá conter-se e analisar

unicamente pela ótica da validade jurídica (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 162), não emitindo juízo de valor por ausência de capacidade técnica e legitimidade. Assim, reconhece que é tênue a relação entre a separação dos poderes e a defesa judicial. O ultrapasse dessa tênue relação amparada pela “missão irrenunciável” do Supremo Tribunal Federal - como ele mesmo afirma - gera uma supremacia judicial e nega aos demais poderes discricionariedade na construção do sentido e da interpretação da Constituição.

O voto do ministro cita obra do autor Rodrigo Brandão (2012), a qual ensina que o futuro da Constituição depende do diálogo aberto entre as instituições políticas e da sociedade civil, onde não há a supremacia, mas sim a atuação ativa de todas as instituições, cada uma em sua competência. Consequentemente, o ministro entende por necessário dissertar sobre as limitações de atuação do Poder Judiciário em uma democracia.

A democracia e o constitucionalismo possuem uma relação de tensão, pois enquanto a primeira preconiza a soberania popular e que tem o princípio majoritário como seu princípio norteador, o segundo define limitações de poder e obstáculos às deliberações do povo através da subordinação ao direito. Desse modo, a jurisdição constitucional tem por objetivo encontrar esse ponto ótimo de equilíbrio entre esses dois pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Poder Judiciário deverá atuar sempre como um “árbitro” ou “fiscal” das regras do jogo político, sem tolher a autonomia daqueles que possuem o sufrágio popular ao mesmo tempo em que impossibilita o despotismo da maioria, assegurando sempre a efetividade da Constituição. Desse modo, a Carta Magna ao deixar cláusulas constitucionais com definições abstratas e de interpretação vaga estabelece intencionalmente o papel da política ordinária. Nesses casos, a função das Cortes é garantir que ocorram tais definições pelos demais poderes, agindo apenas em caso de inércia ou de ultrapasse dos limites constitucionais.

Assim, Luiz Fux entende que a efetividade da Constituição está condicionada, mas não monopolizada pela atuação das Cortes, devendo o constitucionalismo expresso fora das Cortes ser valorizado. Isso porque os juízes não são revestidos de sufrágio e tampouco respondem ao povo, sendo sua atuação ostensiva antidemocrática. Conclui-se que a Carta Magna expressa uma preferência democrática pelas soluções que forem elaboradas por aqueles os quais o povo elegeu.

Defende que a atuação incisiva do STF apenas deverá ocorrer em hipóteses

de “cabal e incontestado ultraje à Constituição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 156). Desse modo, em situações em que haja dissenso ou incerteza acerca da compatibilidade ou não do conteúdo legal em face da Constituição, “a declaração de constitucionalidade (da norma) é medida que se impõe”. Ressalta que é o legislador aquele que é revestido de legitimidade popular sendo, portanto, “autoridade máxima na tomada de decisões políticas legítimas substantivas à luz dos cânones constitucionais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 156).

Estando as disposições constitucionais questionadas em amplo espaço de conformação legislativa, a atuação judicial deverá ser sempre de auto restrição e deferência à opção do legislador. A questão debatida na ADI possui amplo dissenso no espaço social e científico, devendo, portanto, o judiciário atuar dentro de sua limitação institucional. Para fundamentar tal posicionamento, o ministro aponta quatro justificativas.

A primeira delas, como já explanado aqui, os agentes políticos, sendo eles do poder legislativo ou executivo são os verdadeiros detentores da legitimidade de definir e estabelecer políticas públicas, cabendo ao judiciário apenas fiscalizar sua implantação ou estimular a saída da inércia. A segunda se dá pelo fato de que o Congresso Nacional realizou audiências e consultou órgãos ao editar a Lei nº 9.055/1995, assim como o STF, e que as Audiências Públicas feitas pela segunda instituição não pode se sobrepor à primeira.

A terceira justificativa se encontra no risco à substituição do amianto. Segundo o ministro, ainda não existem estudos contundentes que versem acerca dos perigos provenientes ao álcool polivinílico e ao polipropileno, que substituem o amianto. Assim, a Corte, ao entender que a utilização do amianto crisotila viola o direito à saúde, ela estaria substituindo um risco à saúde já devidamente conhecido e estudado por um risco ainda não documentado pela literatura médica, não se mostrando legítima.

A quarta e última justificativa se dá no campo da capacidade técnica. O ministro reconhece que o Poder Legislativo possui órgãos especializados com capacidade técnica para lidar com questões de alta complexidade técnico-científica, diferentemente do Poder Judiciário. Assim, Fux adota um parâmetro, entendido por ele como “humildade institucional”: “Quanto mais técnica for a controvérsia, maior deverá ser a deferência do Poder Judiciário às opções políticas definidas pelo legislador ordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 160).

Acrescenta ainda que o Poder Judiciário nem sempre possui capacidade de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões trazidas. Portanto, o *locus* adequado para discussão e tomada de decisões políticas é, por excelência, o parlamento, inclusive e principalmente por também ser o intérprete autêntico da Constituição que é revestido de anuência popular. Sustenta também que a postura de deferência judicial é demonstração de efetivo diálogo de este poder com o Legislativo, já que o Judiciário não possui a última palavra na interpretação constitucional. Em suas palavras:

Neste ponto, uma postura de deferência com relação à possibilidade e ao limite do uso controlado do amianto crisotila indica que o Poder Judiciário **mantém uma postura dialógica com o Poder Legislativo, não se arvorando como detentor da última palavra em matéria de interpretação constitucional.** Perfilhando similar entendimento, a jurista canadense Christine Bateup preleciona que **o uso judicial das virtudes passivas promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos.** (BATEUP, Christine *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 161).

Ressalta que existem diversos projetos de lei que têm por objetivo estudar a possibilidade de proibir a exploração do amianto crisotila no Brasil, dentre eles o Projeto de Lei nº 2.186/1996 e o Projeto de Lei do Senado nº 30/2017, apresentado contemporaneamente a esta ADI o qual tentou proibir atividades com o amianto ou asbesto, a não ser para fins acadêmicos, tipificando seu descumprimento como infração sanitária e revogar a Lei nº 9.055/1995, norma aqui estudada.

Descarta a inércia legislativa, pois além do legislador ordinário ter regulamentado o uso do amianto, a discussão foi objeto de novo projeto de lei o qual não seguiu para promulgação tendo em vista à indefinição da controvérsia, entendendo o legislador ser melhor a manutenção da regulamentação ao completo banimento do material.

Reafirma que se há controvérsia absoluta no mundo científico especializado, o tema deve permanecer em discussão onde há capacidade técnica para fazê-la. A atuação do Poder Judiciário neste imbróglio seria um paternalismo judicial e uma “supremocracia”. Esclarece que o papel do STF é “permitir o debate de forma republicana, transparente e com os canais de participação abertos a todos os que queiram deles participar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 162).

Acrescenta que, além de maior legitimidade democrática, o Poder Legislativo

detém maior capacidade sistêmica para trabalhar o tema, por possuir estruturas administrativas específicas que garantem o efetivo desenvolvimento e discussão da questão, os quais são capazes de tomar decisões tecnicamente. Assim, por ser o tema do amianto concernente à política pública, e que inexistem evidências que o legislador adotou meios inadequados ou insuficientes ao optar pela regulamentação de seu uso, a postura que o Poder Judiciário deve tomar é de autocontenção e deferência ao posicionamento tomado pelos órgãos especializados.

A humildade judicial perpassa pela atuação minimalista, reconhecendo que o Judiciário não é detentor da verdade absoluta, principalmente quando o Legislativo já discutiu (recentemente) e expressamente entendeu que é possível o uso controlado do amianto por meio de debates técnicos e constitucionais. Não cabe à Corte assumir a função de “salvador da sociedade” e, diante da indefinição da própria Academia, assumir um posicionamento específico de proibir o uso do amianto pelos riscos que gera à coletividade se utilizá-lo indevidamente.

Ressalta que a sociedade é marcada pelos riscos, que a boa-fé empresarial deve ser presumida e que cabe ao Estado responsabilizar aqueles que violarem os limites e as normas, mesmo que resulte na responsabilização do próprio Estado em suas omissões. É dever constitucional - mais precisamente no inciso V do parágrafo primeiro do artigo 225 - do Estado controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente.

O ministro ainda traz o estudo do Dr. Jacques Dunnigan, PhD em biologia e Professor Assistente do Departamento de Biologia da Faculdade de Ciências da Universidade de Sherbrooke, o qual informa que o amianto se encontra na mesma categoria de substâncias perigosas que os contraceptivos orais, raios X, gases emitidos pelo diesel e a fabricação de calçados, onde sequer há discussão que sugere um possível banimento, mas sim o uso e exposição controlados. Evidencia também que toda opção que o legislador toma implica, necessariamente, a assunção de riscos por vezes imensuráveis, assim como qualquer decisão proferida pelo Tribunal também acarreta riscos à sociedade.

O julgador, portanto, não possui legitimidade de sobrepor sua decisão àquela tomada pelo legislador na seara política. O sopesar de princípios e valores ocorreu, e o Poder Legislativo definiu a equalização adequada, lançando mão aos princípios da proporcionalidade - ampla e estrita - adequação e necessidade. O posicionamento

utilizado na Lei nº 9.055/1995 apaziguou interesses colidentes, resguardando minimamente o direito à saúde e ao meio ambiente, sem suprimir o direito da livre iniciativa.

A declaração de inconstitucionalidade traria mais prejuízos que benefícios, tendo em vista que o princípio da precaução não é tido como sustentável neste caso. Assim afirma:

Por derradeiro, o princípio da precaução, em matéria relativa a direito ambiental, não suporta a tese da inconstitucionalidade da norma federal impugnada.

De fato, há uma excessiva vulgarização na aplicação do aludido princípio, alçado muitas vezes à condição de dogma. Mais que isso, o princípio da precaução é utilizado promiscuamente como uma verdadeira caixa preta dentro da qual podem ser extraídas as mais diversas consequências jurídicas. Uma delas consiste em utilizar o Poder Judiciário como uma instância substitutiva de opções legislativas sempre que não se for possível precisar os danos porventura causados ao meio ambiente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 166).

As doenças provenientes do amianto são datadas de 30 anos antes ao voto proferido, onde a proteção do trabalhador era incipiente e a exploração era extremamente nociva, inclusive pelo tipo de amianto utilizado na época - o anfibólico, proibido na Lei nº 9.055/1995.

O princípio da precaução não pode ser utilizado como uma caixa preta, um dogma para substituir o Poder Legislativo pelo Judiciário quando não for possível precisar danos que porventura serão causados ao meio ambiente.

Assim, conclui seu voto entendendo por declarar a constitucionalidade da Lei nº 9.055/1995, respeitando o Poder Legislativo adotando a autocontenção e deferência.

No último tópico ele - o ministro - foi conciso em apenas votar pela improcedência da ADI nº 4.066 e declarar a constitucionalidade do artigo 2º da norma impugnada.

4.3.3 Ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do ministro Alexandre de Moraes ao entender pela constitucionalidade da Lei nº 9.055/1995. Em sua fundamentação, trouxe ponderações acerca das funções de cada instituição e como

ocorre sua interação. Destaca que a situação em análise envolve um complexo diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, motivo esse que merece destaque na presente dissertação. Desse modo, caso houvesse omissão legislativa, a Corte deveria pontuar qual a omissão, onde ela se encontra na lei, como o Congresso Nacional deveria sanar tal lacuna e qual a fórmula ideal. Assim, a declaração de inconstitucionalidade derogativa, faria com que o Congresso editasse nova norma acerca do mesmo tema.

Instrui que se houvesse falta no dever de proteção, o STF deveria elencar expressamente quais as hipóteses e agir de forma a suspender o uso do amianto até que fossem editadas novas medidas. Entretanto, questiona qual seriam as medidas adequadas, quais as hipóteses que seriam trabalhadas. Ressalta que tais questionamentos são de difícil resposta pela Corte por ser em verdade competência do Congresso Nacional trabalhar e decidir sobre eles. No caso, o Congresso deferiu ao Poder Executivo a dinâmica de atualização sistêmica da norma 9.055/1995. Em sequência ensina:

Parece-me, sem embargo da preocupação que todos têm com a seriedade da controvérsia, que estamos em um daqueles casos realmente limítrofes, em termos de jurisdição constitucional, e talvez, se fosse o caso de adotar um juízo sensório - e **reconheço que temos dificuldade nesse diálogo**, precisamos, de fato, ativá-lo -, **seria o caso de recomendar que o Congresso reavaliasse o próprio sistema adotado, não em uma declaração de inconstitucionalidade de caráter cassatório**, mas na constatação, por exemplo, de uma possível caminhada rumo à inconstitucionalização, adoção de novos critérios, o que poderia levar até, eventualmente, à supressão da exploração. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 173, grifo nosso).

Desse modo, levando em consideração que o debate acerca do amianto ainda é presente em todo o mundo e, não havendo um entendimento uníssono, confirma a constitucionalidade da norma.

4.3.4 Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio entendeu por declarar a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 e julgar improcedente a ADI nº 4.066. Ressalta que ao acompanhar o voto da ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal estaria substituindo o Congresso Nacional, fazendo com que a sistemática do “tripé da República” “não feche”, por ir de encontro a independência dos Poderes, assim como

a harmonia que deve haver entre eles.

Esclarece que muito foi discutido acerca do federalismo e dos limites entre os entes federados, sendo eles os Estados ou a União. Assim, este estudo apenas fará digressão do voto citado naquilo que concerne à constitucionalidade ou não do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 em sentido amplo, sem adentrar ao mérito do federalismo, sob pena de desviar do assunto estudado no presente trabalho.

Inicialmente o Ministro entende que reconhecer a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995 é manter a coerência jurisprudencial sobre o tema. Quanto à questão a ser analisada, Marco Aurélio delimita a controvérsia cuja Corte deverá analisar a compatibilidade do artigo supracitado aos princípios da proteção à saúde, à saúde do trabalhador e ao meio ambiente, constantes nos artigos 6º, 7º e 225 da Constituição da República. Assim como deverá ser ponderado os princípios da separação dos Poderes e da democracia, que “impõem deferência às escolhas legislativas, especialmente em contextos de incerteza científica” assim como deverá analisar a busca pelo desenvolvimento nacional, objetivo estabelecido no inciso II do artigo 3º da Carta Magna.

Debateu a Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho demonstrando que ela possui dispositivos que visam proteger o trabalhador sujeito à inalação por fibras de amianto, não o banimento da exploração e uso. No entendimento do ministro não cabe vedação via judicial à atividade de exploração, transporte e uso do amianto. O que deve ocorrer é a fiscalização pelo poder público do controle da exposição à fibra. Informa que cabe à Corte a presunção de boa-fé das empresas e do setor privado.

Quanto à saúde ocupacional, o ministro entende que o “uso controlado” ou “uso seguro” não pressupõe risco zero. A intensidade, frequência e duração de tempo em que a pessoa inala a fibra são fatores que afetam diretamente ao risco de surgimento de doenças provenientes do amianto. É impossível encontrar um ponto onde os riscos são completamente suprimidos. Cabe à política pública realizar o balanceamento entre os riscos e os benefícios que a atividade proporciona. A saúde ocupacional deva ser protegida a partir de adoção de intensa fiscalização e penalização pelo poder público as infrações das normas em conjunto com a adoção de limites rígidos à exposição.

Uma proibição peremptória de qualquer política pública que coloque a vida humana em risco, não estabeleceria a própria Constituição a possibilidade de

realização de controle e não banimento de tais atividades. Entende ser equivocado o entendimento que o princípio da precaução deva ser utilizado para proibir toda e qualquer atividade que gere risco em potencial à coletividade. A precaução é observada quando se há a devida regulamentação de tais atividades.

Acrescenta que a sociedade em que vivemos é uma “sociedade dos riscos”, marcada pela utilização de agentes nocivos ao ser humano e ao meio ambiente e que o regresso ao estado anterior é impossível. Reafirma que os efeitos da utilização do amianto na saúde humana são devidamente conhecidos e documentados.

Ressalta que o banimento pelo STF da comercialização do amianto considerando seu potencial cancerígeno abriria precedentes para discussão acerca do banimento de bebidas alcoólicas e tabaco pelo mesmo motivo. A exposição ao amianto possui o mesmo potencial cancerígeno que a pílula anticoncepcional, a reposição hormonal, fumaça da queima de diesel. É inimaginável possível proibição de uso e comercialização de tais itens. O que há, mais uma vez é a regulamentação à exposição.

Marco Aurélio ressalta que não existe substituição suficiente e razoável ao amianto. Nem toda a produção mundial do álcool polivinílico seria suficiente para suprir a demanda do setor de fibrocimento brasileiro. A substituição integral do amianto acarretaria o aumento no consumo de energia, no custo de matérias-primas, volatilidade inflacionária decorrente a importação e variação no preço do petróleo além do aumento da dependência do país ao mercado externo.

Ressalta que a “técnica adequada para liberação e proibição de produtos, serviços ou atividade” deverá ser sempre a lei. Desse modo, não cabe ao STF realizar o juízo seguro a respeito dos impactos que uma decisão proferida por ele causaria. Sua manifestação deixa implícito que a corte entende que “a sociedade e seus representantes são incapazes de analisar quais os riscos e benefícios da vedação ou permissão de certa atividade”.

O ministro entende que caberia apenas à sociedade, através de seus representantes a posicionar frente aos “riscos advindos da incerteza”. Cabe aos deputados e senadores a legitimidade institucional para tomar decisões em contextos dúbios. Não cabe ao Judiciário a definição de nocividade de produtos. Quanto à adoção de políticas públicas, o ministro sustenta:

[...] o Tribunal tem conhecimento limitado dos efeitos tanto das políticas

públicas envolvendo o uso controlado do amianto quanto das consequências práticas que a decisão do Tribunal pode gerar, se vier a assentar banimento. Nessas situações, cumpre observar o predicado da autocontenção, de modo a evitar a consumação de resultado ainda mais danoso no futuro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 208).

Defende o minimalismo de Cass Sunstein no caso em comento, tendo em vista que resulta ser questão constitucional de alta complexidade técnica, e não jurídica, sendo imprevisíveis as consequências de uma possível tomada de decisão via judicial. Ressalta que nem a própria União está em consenso quanto a continuidade ou não da exploração do amianto no Brasil.

No tópico de conclusão o VIII, denominado “Conclusão: constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, inconstitucionalidade da Lei paulista nº 12.684/2007”, revela que “às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado”. Ressalta que a revisão da utilização do amianto enseja manifestação democrática capaz de avaliar adequadamente a adoção do produto e seus substitutos. Assim, o ministro manifesta entender improcedente a ADI nº 4.066.

4.4 O amianto crisotila na teoria dos diálogos interinstitucionais

A exploração da fibra de amianto é uma atividade econômica existente desde o século XX. Sua exploração e utilização foi drasticamente aumentada com a revolução industrial, momento este que foi descoberto mais aplicações da fibra e sua versatilidade. Como toda a atividade econômica, os reflexos de sua utilização ostensiva foram observados com o passar do tempo, com o desenvolvimento da pesquisa científica. Seguindo o contexto da época, as preocupações com a saúde, inclusive a do trabalhador, surgiu contemporaneamente à observação de seus efeitos.

No Brasil, a discussão acerca do Amianto é aquecida, tanto nos tribunais, quanto no legislativo. A primeira norma que tratou de regulamentar a exploração e o uso do amianto em território é a emblemática Lei nº 9.055/1995. Antes dela, o que se tinha eram normas esparsas de direito minerário e uma incipiente regulamentação trabalhista.

O advento dessa norma foi contemporâneo a diversos acordos internacionais os quais o Brasil se tornou signatário, tais como as Convenções nº 139 e 163 nº da OIT, Convenção de Basileia, de Roterdã e o Acordo GATT. No Brasil, a convenção nº 139 foi aprovada em 07 de maio 1990 e entrou em vigência nacional em 27 de junho

de 1991, regulamentado em Decreto nº 157/1991, já a Convenção nº 163 foi aprovada em 25 de agosto de 1989 e entrou em vigência nacional em 18 de maio de 1991, regulamentado em Decreto nº 126/1991. O Acordo GATT foi aprovado em 15 de dezembro de 1994, entrando em vigor em 13 de fevereiro de 1998 com o Decreto 2.498/1998. A Convenção de Roterdã foi aprovada em 7 de maio de 2004, entrou em vigor internacional em 24 de fevereiro de 2004 e entrou em vigor no Brasil em 31 de janeiro de 2005 conforme Decreto nº 5.360/05.

Diversas normas sobrevieram a Lei nº 9.055/1995, tais como a Instrução Normativa nº 77/2002, Decreto Federal nº 5.440/05, Lei nº 13.588/2017. Imperioso ressaltar que essa última lei supracitada vetou a extração, o uso e a comercialização de todas as formas de amianto no território brasileiro como forma de adequar a declaração de inconstitucionalidade da extração do amianto ao ordenamento jurídico brasileiro. A norma inclusive estipulou um prazo de 10 (dez) anos de adaptação à nova lei.

Judicialmente diversas foram as decisões que trataram do tema do amianto no Supremo Tribunal Federal. De 2003 até novembro de 2017 foram 8 (oito) ADI 's e uma ADPF julgadas. Nesse intervalo de tempo de 15 (quinze) anos o posicionamento da Corte foi de declarar inconstitucional as normas estaduais que vedavam a utilização do amianto no território até a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/1995, ocorrido nas ADI 's nº 3.406 e nº 3.470 que sucederam a aqui estudaram a ADI nº 4.066.

A ADI estudada é relevante pois foi a partir dela que o posicionamento da Corte mudou de entender inconstitucional normas que contrariassem a Lei federal nº 9.055/1995 para entender a lei federal inconstitucional. Ademais, temos que essa ADI foi a única que citou a teoria dos diálogos institucionais, mesmo que de maneira indireta, em seu texto. Desse modo, a autora da dissertação considera que a Teoria dos Diálogos foi parcialmente atendida por essa ADI, pois, apesar de caminhar no sentido de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.055/1995 (o que não ocorreu por falta de quórum mínimo) e não possibilitando expressamente novas rodadas procedimentais, foi afirmado na fundamentação dos ministros divergentes a necessidade de autocontenção judicial por ausência de competência, sob pena de supressão legislativa a qual optou por regulamentar ao invés de vetar a exploração de amianto crisotila em território nacional.

Apesar da ADI nº 4.066 não ter efetivamente declarado inconstitucional o art.

2º da Lei nº 9.055/1995 por ausência de quórum, viu-se a maioria formando a favor de entender pela inconstitucionalidade da norma. Tal entendimento se concretizou ao final do mesmo ano em que o acórdão foi proferido, com a superveniência das decisões das ADIs nº 3.406 e nº 3.470.

Entretanto, no contexto em que surgiram tais decisões os demais poderes não estavam inertes na elaboração de leis e regulamentação acerca do amianto Crisotila. Não é cabível interpretação de omissão quando os poderes estão em plena execução de sua competência legiferante, com tramitação de projetos de lei que não obteve quórum para promulgação, sucessivos decretos incorporando e adaptando os tratados internacionais à legislação brasileira, dentre outros.

A própria norma impugnada prevê que normas supervenientes seriam incorporadas à legislação, e que esta deveria passar por revisão periodicamente. Revisão essa que se deu com a Instrução Normativa 77/2002 a qual estabeleceu normas de segurança específicas para os trabalhadores expostos ao amianto. Assim previa expressamente a Lei nº 9.055/1995:

Art. 3º **Ficam mantidas as atuais normas** relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, **contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos** de trabalhadores e os seus empregadores, **atualizadas sempre que necessário**. (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Inclusive, a Convenção nº 162 da OIT reiteradamente utilizada como argumento para entender pela inconstitucionalidade da norma nacional, por especificamente regular a utilização segura do amianto traz em seu artigo primeiro e nono:

Art. 1º - 1. A presente Convenção se aplica a **todas as atividades que impliquem a exposição de trabalhadores ao amianto** durante o desempenho das suas tarefas.

2. Um Membro que ratifique a presente Convenção **pode**, após consulta às organizações mais representativas de empregadores e de empregados interessadas, e com base em uma avaliação dos riscos existentes para a saúde, bem como das medidas de segurança aplicadas, **excluir ramos específicos da atividade econômica de certas empresas** do âmbito de aplicação de determinados dispositivos da Convenção, **desde que se certifiquem que a aplicação deles àqueles ramos ou àquelas empresas não é necessária**.

3. Quando decidir pela exclusão de ramos específicos da atividade econômica ou de certas empresas, a autoridade competente deverá ter em conta a frequência, a duração e o nível da exposição, bem como o tipo de

trabalho e as condições existentes no local de trabalho.

[...]

Art. 9º - A legislação nacional adotada de acordo com o Artigo 3 da presente Convenção **deverá prever que a exposição ao amianto deverá ser evitada ou controlada** por um ou mais dos meios a seguir [...] (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1990b, grifo nosso).

Assim como estes artigos, os demais dessa convenção trazem sempre a discricionariedade da nação signatária como fator essencial para coibir o uso da fibra em seu território, sendo necessário sempre consultar as organizações representativas e levar em consideração os “riscos existentes para a saúde, bem como das medidas de segurança aplicadas”. Utiliza esta convenção as expressões “poderá” ou “deverá sempre que possível” devendo, portanto, ser aplicado a cada signatário conforme sua realidade.

O único momento em que a Convenção foi imperativa são nos artigos 11 e 12, os quais vedaram o uso de crocidolita e a pulverização de todas as formas de amianto, o que a Lei nº 9.055/1995 também prevê nos incisos do primeiro artigo, conforme segue:

Art. 1º **É vedada** em todo o território nacional:

I - **a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização** da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, **crocidolita** (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais;

II - **a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei;**

III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei. (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Desse modo, a norma Brasileira estava em conformidade com as normas internacionais da época que foi promulgada e à época que foi julgada inconstitucional, sendo uma efetiva supressão do legislativo a atuação judiciária, não apenas neste acórdão, mas inclusive nos que o sucedeu.

Entretanto, apesar de ser uma afronta aos diálogos interinstitucionais e a devida divisão de competências, temos que este acórdão foi muito feliz ao ter abordado como cerne da divergência a posição de deferência e minimalismo do judiciário. Os ministros deixaram claro que a Lei nº 9.055/1995 foi uma opção legislativa, que foi reiteradamente adaptada aos novos quadros que a sobrevieram.

Sua atualidade permaneceu com o tempo, conforme o voto do Ministro Fux, que entendeu que é uma virtude passiva do Judiciário agir com deferência minimalismo e respeito ao Legislativo, garantindo o diálogo entre os poderes, por não ser o detentor da última palavra na interpretação da Constituição.

Ressaltou projetos de lei em tramitação no Senado como o PL nº 2.186/1996 e PLS nº 30/2017. Adverte que não deve ocorrer um paternalismo judicial, pois seu evento acarretaria uma supremocracia. Ressalta também que em questão de legitimidade democrática, o Poder Legislativo possui maior capacidade epistêmica para analisar o assunto, por possuir estrutura administrativa específica para analisar as propostas legislativas.

Em debate, Fux (2017, p. 104) sustenta que a questão resvala no limite da jurisdição constitucional e da capacidade institucional da Corte. Entende que o voto da relatora Ministra Rosa Weber é denso e profundo ao demonstrar os malefícios do emprego do amianto, em contrapartida, a partir do momento em a própria comunidade científica entra em conflito, cabe ao poder judiciário a deferência ao legislador.

O ministro ressalta que a crisotila foi excepcionada na Lei nº 9.055/1995 em decorrência de ampla discussão em audiências públicas no Congresso Nacional. A discussão também percorreu audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Questiona a razoabilidade de interferência da corte em um assunto que não é de sua capacidade técnica. O entendimento dos ministros sobre as especificidades da demanda limita-se ao que foi trazido nessas audiências. Assim, o STF não possui capacidade institucional de delimitar o que é o constitucionalmente mais aceitável para a sociedade. Se nem a esfera pública, caracterizada pela comunidade científica especializada, se conseguiu alcançar a um denominador comum, cabe ao judiciário reconhecer que o legislador em Lei nº 9.055/1995 adotou o entendimento com a melhor capacidade hermenêutica atual de interpretação da Constituição.

[...] eu acho que aqui realmente entra em cena essa questão do limite da jurisdição constitucional e confronto com a denominada capacidade institucional. O voto da Ministra Rosa, brilhantíssimo voto, denso, profundo, demonstrou os malefícios, mas a verdade é que, a partir do momento em que há um conflito de conclusões da própria comunidade científica, a melhor opção, à luz da doutrina da Separação de Poderes, é uma deferência ao legislador, porque, no caso, houve audiência pública não só aqui no Supremo, mas, mais importante, houve audiências públicas no Congresso, e foi a partir das conclusões das audiências públicas do Congresso que eles resolveram estabelecer essa excepcionalidade do uso da crisotila.[...] Quem somos nós?

O que Vossa Excelência entende de amianto? O que eu entendo de amianto senão o que se colheu da audiência pública? E o que se colheu da audiência pública do Supremo? Que as próprias autoridades científicas não chegaram à conclusão, de sorte que, neste momento, uma deferência ao Legislativo, como Vossa Excelência agora preconiza, parece-me mais coerente com a questão da capacidade institucional em relação à nossa necessidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 104) 105

Alexandre de Moraes concorda com o entendimento de Fux, ao posicionar em seu voto que a decisão pelo STF no presente caso não estaria preenchendo uma lacuna omissiva total ou parcial do legislador. Não está em questão a supressão de direitos fundamentais por omissão ou inércia legislativa. A eventual interferência da Corte no entendimento do Congresso estaria e substituindo uma escolha legislativa legítima:

Nós não estaríamos, enquanto Poder Judiciário, enquanto SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, colmatando uma omissão total ou parcial. Não estaríamos colmatando uma lacuna do legislador que, por sua omissão, por sua inércia, estaria impedindo o exercício ou o gozo de um direito fundamental. Obviamente, aqui, no caso, parece-me que, ao substituir a vontade do legislador, que tomou como parâmetros a proteção à saúde, a proteção ao trabalho e as convenções internacionais, nós estaríamos, de forma subjetiva, substituindo uma legítima opção do legislador, ao editar a lei. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017 p. 102)

Corroborando com tal entendimento, Marco Aurélio (2017, p. 175) entende que em eventual preponderância do entendimento da Relatora Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal substituirá o Congresso Nacional, invalidando o tripé republicano de separação e independência dos poderes. Ressalta que é função da sociedade, através de seus representantes decidirem quais os riscos merecem ser adotados diante a incerteza.:

Cabe à sociedade, por intermédio de seus representantes, Deputados e Senadores, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza. Observem que não se está fazendo um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas relativamente à legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017 p. 208)

Gilmar Mendes entende que os autores da ADI estão propondo um ativismo judicial, assim, é debatido qual o limite de atuação do STF a luz do princípio da Separação de Poderes. Entende que a única possibilidade da Corte atuar no presente caso seria para, no máximo, solicitando a manifestação do Congresso em reapreciar

o tema e providenciar nova legislação. Nesse sentido, reconhece que o Supremo Tribunal Federal tem dificuldade em promover uma efetiva deliberação constitucional, conforme segue:

[...] e reconheço que temos dificuldade nesse diálogo, precisamos, de fato, ativá-lo -, seria o caso de recomendar que o Congresso reavaliasse o próprio sistema adotado, não em uma declaração de inconstitucionalidade de caráter cassatório, mas na constatação, por exemplo, de uma possível caminhada rumo à inconstitucionalização, adoção de novos critérios, o que poderia levar até, eventualmente, à supressão da exploração. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017 p. 173).

Fux (2017) menciona em seu voto os seguintes teóricos que estudam os diálogos interinstitucionais: Cass Sunstein e Edna Margalit; Christine Bateup, Oscar Vilhena Vieira; Rodrigo Brandão; John Hart Ely; Bruce Ackerman; Frederik Schauer e Adrian Vermule. Diante todo o arcabouço trazido pelos autores supracitados, o ministro Luiz Fux explora a abordagem que a Suprema Corte deve adotar em relação à postura do legislador e ao processo decisório, especialmente quando envolve temas complexos.

Ele defende a necessidade de a Suprema Corte adotar uma atitude de autocontenção e respeito pelas escolhas feitas pelo legislador federal. Dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, ele sustenta que a implementação de políticas públicas deve ser primordialmente realizada pelo legislador, e não pelo juiz.

Enfatiza que a presença do Poder Legislativo, detém maior expertise para lidar com questões de elevada complexidade, por possuir em sua estrutura órgãos especializados em debates constitucionais. Consequentemente, o ministro entende que, quanto mais técnica for a disputa, maior deve ser a deferência do Poder Judiciário às decisões políticas formuladas pelo legislador ordinário.

Observa a importância da humildade institucional, ressaltando que o Poder Judiciário não é capaz de fornecer soluções abrangentes para todas as questões constitucionais. Esse entendimento de deferência viabiliza um diálogo construtivo sobre aspectos constitucionais, permitindo que os poderes políticos e a sociedade debatam e resolvam essas questões através de canais democráticos, especialmente no âmbito parlamentar.

A Suprema Corte não deve se colocar como guardiã absoluta da interpretação da Constituição, especialmente em situações complexas que demandam conhecimentos especializados. Os debates que ocorrem com especialistas no Congresso Nacional são de importante relevância na deliberação constitucional.

Desse modo, defende uma postura judiciária humilde ao analisar assuntos de alto teor epistemológico. A menos que haja um erro evidente por parte do legislador, o respeito às escolhas desta instituição é fundamental. Assim, o STF deve manter-se aberto a dialogar com o Congresso e a sociedade, utilizando-se das virtudes passivas e evitando um paternalismo judicial.

Desse modo, entende a autora que, na presente ADI, os ministros não discutiram a fundo sobre o tema dos diálogos interinstitucionais. Exceto Fux que trouxe seu arcabouço teórico padrão, não vejo neste acórdão uma discussão real sobre deliberação constitucional. O que houve foi a discussão da constitucionalidade da norma em face dos princípios da separação e independência dos poderes.

Mendes reconheceu a dificuldade institucional do Judiciário em dialogar com o Legislativo, mas não se aprofundou muito sobre o tema, atendo a afirmar que respeitar o entendimento legislativo no caso seria respeitar as limitações institucionais e a separação dos poderes

Apesar desta autora reconhecer que a discussão dos limites da atuação constitucional do Judiciário é importante para a efetivação da delimitação institucional e evita a supressão judicial das competências legislativas, entende que a discussão ainda está muito aquém da complexidade das rodadas procedimentais trazidas por Conrado Hubner Mendes.

Entende que a deferência judicial defendida pelos ministros Fux e Mendes e a necessidade de atenção à esfera pública trazida pelo ministro Marco Aurelio toda a teoria existente rasa em fundamentação de deliberação critérios de hermenêutica constitucional. Houve uma tentativa de abordagem de deferência judiciária, já que a norma foi escrita conforme os acordos internacionais, mas o entendimento foi vencido.

Findo o acórdão da ADI 4.066, o Congresso elaborou a Lei nº 13.588/2017, que tratou por formalizar o entendimento da corte pela proibição total do uso do amianto em até dez anos. Assim as indústrias brasileiras terão um prazo para adaptarem-se até a abolição total do amianto

Entendo que os ministros que entenderam pela constitucionalidade por compatibilidade às normas internacionais e à Constituição foram felizes em adotar uma postura deferente e respeitar a autonomia Legislativa. A norma internacional da OIT é evidentemente permissiva quanto a capacidade de cada país regulamentar o uso do amianto do modo que melhor lhe convier. A atitude ativista da corte não respeitou o entendimento internacional, tampouco a constituição brasileira. Que o

amianto tem potencial cancerígeno é incontroverso. Entretanto, seus efeitos já são conhecidos e seu potencial danoso é reduzido quando adotado medidas de segurança. Sua substituição por material novo e ainda pouco estudado é um risco assumido pelo poder judiciário que deveria ter sido deliberado pela esfera pública. Entendo que não houve um efetivo debate interinstitucional, mas sim uma supressão de competências através do argumento de autoridade, sem nenhuma capacidade epistêmica ou de enriquecimento constitucional.

5 FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS - ANÁLISE DA ADI Nº 4.650

5.1 Síntese da ADI nº 4.650

Tratou-se de uma demanda do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que visou analisar a constitucionalidade do modelo normativo de financiamento de campanhas eleitorais adotado nos arts. 23, §1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º da Lei das Eleições e arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e §5º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que definiram os critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Foi pedido pelo Conselho em inicial a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos artigos 24 da Lei 9.504/97, e 31 da Lei nº 9.096/95; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade dos artigos 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97 e 39, § 5º, da Lei 9.096/95; que o Congresso Nacional fosse instado a editar em 18 meses legislação que estabelecesse limitação per capita para doações por pessoa natural a campanha eleitoral ou a partido, assim como a limitação nas mesmas características para uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, sob pena de, atribuir ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para regular provisoriamente tal situação.

O acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi publicado em 17 de setembro de 2015. Em conformidade com o voto do Ministro Relator, o Tribunal julgou, por maioria, que o pedido formulado na ADI nº 4.650 era parcialmente procedente, resultando na declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitiam contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes foram vencidos, pois propuseram uma interpretação que permitia tais contribuições. O Tribunal deixou de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que o número de votos necessários, conforme o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, não foi alcançado. Não se sabe quais seriam os efeitos concretos de eventual modulação e efeitos, tendo em vista que os ministros que a defendeu não entraram em consenso em definir uma metodologia específica. Desse modo, a decisão foi aplicada a partir das eleições de 2016.

Com relação às contribuições de pessoas físicas, essas foram entendidas como constitucionais e permaneceram sendo regulamentadas pela lei impugnada. Os

Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso estavam justificadamente ausentes. A presidência do julgamento ficou a cargo do Ministro Ricardo Lewandowski. O relatório foi dividido em 19 tópicos, que informam precipuamente todos os fundamentos utilizado no voto paradigma do Acórdão.

Assim, o relatório fundamenta que em casos em que as instituições democráticas são ameaçadas, o Supremo Tribunal Federal deve ter uma postura particular ao exercer a revisão judicial para corrigir problemas no sistema representativo e proteger os interesses dos grupos políticos minoritários.

No processo político-eleitoral, o Supremo Tribunal Federal deve ter uma postura expansiva e particularista, em detrimento de ser deferente e formalista em relação às escolhas políticas da maioria do Parlamento. A Constituição não estabeleceu um modelo específico de financiamento de campanhas, mas, forneceu limites à legislação através de princípios fundamentais que orientam o processo político.

Informa a ementa do acórdão que o marco teórico dos diálogos constitucionais rejeita a adoção de interpretações centradas no direito e prioriza a gramática constitucional para outros fóruns de discussão. Assim, postula que a Suprema Corte não possui um sistema de supremacia judicial material, e seus pronunciamentos devem ser compreendidos como a última palavra provisória, sem fossilizar o conteúdo constitucional. Já com relação aos votos, a teoria dos diálogos interinstitucionais é mencionada e definida pelos ministros Teori Zavaski, Luís Roberto Barroso e pelo Relator, ministro Luiz Fux.

O entendimento vencedor entende que a formulação de um modelo de financiamento de campanhas adequado requer um diálogo entre a Suprema Corte, o Poder Legislativo, o Executivo e a sociedade civil. Desse modo, as restrições legais previstas à doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais são insuficientes para impedir a captura do político pelo poder econômico.

Também defende que a liberdade de expressão, no contexto político, é instrumental e tem o objetivo de ampliar o debate público, assim a doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais muitas vezes é motivada por interesses estratégicos de estreitar relações com o poder público. Assim, entende que a proibição de entidades da sociedade civil de financiarem campanhas eleitorais tem o objetivo de impedir a formação de relações promíscuas e não republicanas com o poder público. Já para doações de pessoas físicas e para o uso de recursos próprios pelos

candidatos o regramento não viola os princípios democráticos, republicanos e da igualdade política.

Ainda que a doação por pessoas físicas esteja sujeita a limites legais, a possibilidade de um mesmo doador realizar doações para diversos candidatos e partidos políticos ainda gera preocupação quanto à influência do poder econômico no processo eleitoral e na formação da vontade política.

O sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil pode gerar distorções no resultado das eleições, já que candidatos com menor votos podem ser eleitos em detrimento de outros com mais votos. Essa situação é agravada pelo financiamento de campanhas eleitorais, que favorece candidatos com mais recursos financeiros.

Ressalta que o combate à corrupção eleitoral e ao uso indevido de recursos públicos em campanhas é um desafio constante para a democracia brasileira, sendo necessária a atuação conjunta das instituições e da sociedade para o fortalecimento da transparência e da integridade no processo político.

Entende que a regulação do financiamento de campanhas eleitorais deve ser pautada pelos princípios constitucionais da igualdade política, da transparência, da eficiência e da moralidade, de modo a garantir que todas as vozes tenham o mesmo peso no processo eleitoral e que o uso de recursos seja transparente e ético.

Assim, a utilização de recursos públicos para financiar campanhas eleitorais é uma alternativa que pode contribuir para a redução da influência do poder econômico no processo eleitoral, mas deve ser acompanhada de mecanismos de controle e transparência para evitar a utilização indevida desses recursos. Observa a existência de mecanismos de financiamento coletivo de campanhas eleitorais, como o *crowdfunding*, que pode ser uma alternativa interessante para ampliar a participação cidadã no processo político e reduzir a dependência dos candidatos em relação a grandes doadores.

A definição dos limites de financiamento de campanhas eleitorais deve ser realizada com base em critérios objetivos e democráticos, de modo a garantir a igualdade de oportunidades para todos os candidatos e partidos políticos. A transparência e a publicidade das informações relativas ao financiamento de campanhas eleitorais são fundamentais para o fortalecimento da democracia e para a garantia da integridade do processo político. O acesso amplo a essas informações permite o monitoramento da atuação dos candidatos e partidos e a identificação de possíveis irregularidades.

5.2 Votos do relator e acompanhando o relator

5.2.1 *Ministro Luiz Fux*

O ministro iniciou seu voto, ocorrido em 11 de dezembro de 2013 contextualizando a redemocratização brasileira. Em sua opinião, aquele era o momento de maior estabilidade institucional desde 1988, com a estabilidade econômica, melhora nos indicadores sociais e redução das desigualdades regionais. Mesmo assim, as “patologias crônicas” da sociedade brasileira não conseguiram ser solucionadas. Desse modo, Fux entende ser urgente a correção e extinção de tais disfunções democráticas.

Ressalta que houve um descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Tal distanciamento gerou uma crise de representatividade que deixou os políticos e os cidadãos em lados opostos. Informa que não é raro que os políticos privilegiam os interesses particulares em detrimento ao interesse público. Assim, o funcionamento institucional está comprometido. Esclarece que é necessário que haja uma “relação sinérgica” entre os representantes do povo e a sociedade civil que promova confiança e credibilidade daqueles com esses.

Nessa situação estabelece que um dos principais pontos da Reforma Política é necessariamente quanto ao financiamento de campanhas eleitorais, tendo em vista uma crescente influência do poder econômico no processo eleitoral, com o aumento dos gastos dos candidatos e partidos políticos. Traz que enquanto entre 2002 e 2012 houve um aumento de 471% dos gastos com eleições, o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) foi de 41%, enquanto a inflação acumulada permeou os 78%. Traz também diversos outros dados que demonstram a desproporcionalidade do custo eleitoral brasileiro comparado a outros países. Assim, não vê justificativa plausível para o aumento expressivo dos gastos com o pleito eleitoral.

Assim, após fazer esse relatório passa ao voto, que foi dividido em cinco tópicos, sendo eles: Preliminar; Delimitando Controvérsia: O modelo atual de financiamento de campanha; Breves Reflexões sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional em matéria de reforma política; Doações por pessoas jurídicas; Doações por pessoas naturais e uso de recursos próprios por candidatos.

No tópico preliminar, o ministro entende pela rejeição à preliminar de não-conhecimento parcial da ADI, isso porque a declaração de inconstitucionalidade sem

redução de texto ser comum e natural ao controle abstrato de constitucionalidade, não sendo vedada. Relata que a “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação” tem por principal característica obsecrar o legislador a disciplinar determinada matéria conforme diretrizes delineadas pelo tribunal. Alerta que tal técnica deve ser aplicada com cautela para preservar a Separação de Poderes, mas deve ser reconhecida a sua possibilidade desde que resguardados tais cuidados.

É necessária a intervenção judicial não com uma palavra definitiva, mas com esse diálogo institucional necessário para que o Congresso, num prazo determinado, fixe aquilo que o Ministro Teori denominou ‘marco regulatório da eleição’. Portanto, eu, que não tenho a fantasia de salvar o mundo com papel e tinta, vivo, no entanto, a crença de que faz parte do meu papel condenar um modelo que eu acho que arruína, a médio e longo prazo, as instituições. Portanto, eu acho que a atuação do Supremo, neste diálogo institucional, é para que o Congresso apresente alternativas a esse modelo. Também não tenho dificuldade de modular os efeitos, mas tenho dificuldade de ficar inerte diante de um modelo que todos nós achamos que é péssimo e que já dura há muitas décadas, sem que se consiga romper esta inércia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 163).

Ressalta que tal técnica seria uma forma de diálogo entre as instituições, por respeitar a discricionariedade do legislador e garantir sua legitimidade na interpretação de valores constitucionais, além de preservar o papel de guardião da Constituição do Judiciário, desestimulando uma juristocracia. Também entende que a atuação subsidiária e excepcional do Tribunal Superior Eleitoral em caso de inércia legislativa não afastaria a prerrogativa do parlamento em editar norma quando e se quisesse, principalmente pela preferência legislativa da temática.

Quanto a legislação, o ministro entende que o Poder Legislativo não foi omissivo, mas excedeu sua função, sendo a inconstitucionalidade comissiva, não omissiva, devendo ser corrigida à luz do princípio da fungibilidade.

No segundo tópico, o relator tratou de delimitar a controvérsia, contextualizando qual o modelo de financiamento eleitoral adotado. Para isso traz o artigo 17-A da Lei nº 9.504/1997, o qual postula que deverá haver uma lei que estabeleça o teto de gastos de campanha até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral e, que caso não seja regulamentada a lei, cada partido deverá estabelecer o limite de gastos e que deverá comunicá-lo à Justiça Eleitoral. Informa que até a data do voto não havia sido editada tal norma deixando para que os partidos estabeleçam o seu teto de gastos.

No terceiro tópico o ministro traz suas reflexões sobre os limites e as

possibilidades da jurisdição constitucional em matéria de reforma política. Inicialmente esclarece que as reformas estruturais de um Estado, como a Reforma Política deve ser trabalhado nas instâncias políticas, sendo, portanto, o Parlamento o *locus* ideal para deliberação do tema. Entretanto, apesar de ser antidemocrático que juízes não munidos de soberania popular imponha ou invalide atos normativos proferidos pela classe política, é igualmente antidemocrático uma deferência cega do Judiciário.

Para salvaguardar o regime democrático e o melhor funcionamento das instituições é “dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 35), visando corrigir patologias que maculam o sistema representativo e proteger os direitos dos grupos políticos minoritários. Utiliza o marco teórico de John Hart Ely (2010) na obra “*Democracy and Distrust*”.

Ressalta que o financiamento de campanha é uma ferramenta essencial da engenharia democrática por diretamente afetar a disputa eleitoral a postura mais ativista da Corte é medida que se impõe. A atuação do STF não estaria restrita à hermenêutica constitucional, mas estaria apresentando uma modelagem institucional da democracia brasileira.

Assim, estabelece que cabe ao judiciário optar por atuar de modo mais categórica, como uma “metadecisão” ou “decisão de segunda ordem”, citando Cass Sunstein. Isso quer dizer que antes de decidir o mérito, o tribunal deverá decidir como irá decidir o mérito, estabelecendo a maior ou menor atuação da Corte.

Desse modo, entendendo ser o tema sensível por concernir ao processo eleitoral, é necessária uma atuação mais estrita e criteriosa do Poder Judiciário. Reafirma ser “indisputável que a Reforma Política deva ser capitaneada pela classe política, e não pelo Poder Judiciário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 38), entretanto, por “sinceridade e realidade institucional”, entende não ser viável confiar ao parlamento a prerrogativa de reformulação das regras sobre financiamento de campanhas, já que foi o atual sistema que os levou ao poder, tornando sua imparcialidade dúbia.

A atuação do judiciário no caso é, ao seu ver, favorável ao regime democrático, por impedir a atuação indevida, tendenciosa e antirrepublicana do parlamento. O STF deverá identificar e mensurar a limitação do Poder Legislativo em disciplinar o sistema de financiamento das campanhas eleitorais.

O ministro constata que, de fato, a Constituição de 1988 não trata de maneira

específica e exaustiva sobre o financiamento eleitoral. Desse modo, o constituinte não estabeleceu deveres, diretrizes, imposições ou proibições ao legislador. Tal situação deixou o parlamento com uma ampla margem de configuração legislativa para a elaboração de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanha.

Entretanto, essa ampla margem não dá ao legislador um “cheque em branco” para legislar conforme melhor lhe aprouver. O ministro ressalta que a Constituição ao trazer princípios fundamentais como a democracia e a isonomia política, “forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa” (2015, p.3). Desse modo, a Corte atuará com a finalidade de aferir se o legislador atuou conforme a moldura constitucional, sem a pretensão de substituí-lo ou de reformular o modelo de financiamento eleitoral.

O Ministro Luiz Fux apresenta sua perspectiva sobre o papel da Suprema Corte e sua relação com a Constituição de 1988. Ele enfatiza que o desenho institucional estabelecido pela Constituição conferiu à Suprema Corte a função de ser a guardiã primordial da Lei Fundamental do país. No entanto, ele destaca que esse sistema não instituiu uma supremacia judicial em sentido material ou definitivo. Em outras palavras, os pronunciamentos judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) não devem ser considerados como a palavra final e absoluta sobre um determinado tema. Em vez disso, essas decisões devem ser compreendidas como a última palavra provisória, vinculando as partes envolvidas no processo e encerrando uma fase deliberativa sobre a questão em pauta.

O Ministro Fux também ressalta que essa abordagem não busca fossilizar o conteúdo constitucional, ou seja, não pretende congelar ou tornar imutável o entendimento sobre um determinado assunto. Em vez disso, ele destaca a necessidade de flexibilidade e abertura para futuras discussões e evoluções dentro do contexto constitucional.

Além disso, o Ministro aborda a formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas políticas. Ele argumenta que esse tema requer um pronunciamento da Corte que estabeleça um diálogo com os diversos atores políticos, como o Poder Legislativo, o Executivo e entidades da sociedade civil. Isso indica uma postura de abertura para a colaboração entre os diferentes poderes e setores da sociedade na construção de soluções constitucionais relevantes.

Em sua explanação, o Ministro Fux reforça a ideia de que o Supremo Tribunal

Federal não é um órgão destinado a encerrar definitivamente as discussões, mas sim a contribuir para um debate constante e evolutivo dentro dos limites da Constituição. Sua visão destaca a importância do diálogo institucional e da busca por soluções que reflitam a dinâmica democrática e a interpretação em constante evolução das normas constitucionais.

O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 4).

Existindo a possibilidade de atuação delimitada de controle jurisdicional, essa não produz a uma solução definitiva da matéria, mas sim instaura um diálogo com os poderes políticos através das virtudes passivas.

O uso judicial das virtudes passivas promove o diálogo constitucional por propiciarem aos poderes políticos de governo, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p.43)

Ensina que o Supremo Tribunal Federal deverá agir como um “catalisador deliberativo”, citando a proposta teórica de Conrado Hubner Mendes (2011). Pelas palavras do ministro:

É exatamente dentro desse marco teórico de diálogo institucional que deve se pautar a Corte. Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados (MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 43).

E continua:

[...] uma postura dialógica não asfixia a atividade do legislador ordinário, impondo exegeses cerradas dos comandos constitucionais. E, como resultado, as críticas de que a intervenção judicial *in casu* usurparia a competência constitucionalmente confiada ao Parlamento caem por terra, máxime porque, como anteriormente afirmado, tal postura fortalece a democracia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 43).

E conclui:

Conquanto finalize uma rodada de deliberações, eventual pronunciamento da Corte (i.e., procedência ou improcedência) se destina a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos, notadamente o Poder Legislativo, para a formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 43).

Finaliza o tópico concluindo que a Corte deverá fomentar um colóquio contínuo com os demais poderes e a sociedade civil, atuando como um catalisador deliberativo, sem impor uma regra pronta. Tal posição dialógica traria uma interação salutar entre os poderes e não asfixiaria as prerrogativas legislativas.

No quarto tópico o relator esclarece sobre a possibilidade de financiamento de campanha por pessoas jurídicas. Traz inicialmente o posicionamento das partes que suscitaram o tema. Ressalta que sua decisão permeará esclarecer se a doações por pessoas jurídicas promove o princípio democrático ou é prejudicial ao seu funcionamento.

Em seu entendimento, não é inerente ao regime democrático e à cidadania a participação política de empresas. Isso porque a cidadania pressupõe o direito de votar, o direito de ser votado e o direito de diretamente impactar na formação da vontade jurídica (através de plebiscito, referendo etc.). Tais direitos são inerentes às pessoas naturais. Pessoas jurídicas não são cidadãs, não podem sequer propor ação popular. Os direitos políticos são incompatíveis com a essência de uma pessoa jurídica. Autorizar sua participação através de financiamento é contrário à essência do regime democrático.

A participação de empresas no pleito eleitoral teve como consequência o encarecimento das eleições e o prejuízo no embate eleitoral já que quem obtém maiores recursos de financiamento tem maior probabilidade de se eleger. O cenário se agrava ao analisar que em 2012 mais de 95% dos recursos que foram empreendidos nas eleições foram doações efetuadas por pessoas jurídicas. Em 2010, 1% dos doadores, todas empresas, foram responsáveis por 61% dos recursos doados. As 10 maiores empresas doadoras foram responsáveis por 22% do total arrecadado.

Tendo em vista todo o exposto, resta claro ao ministro que há “irrefragável dependência” entre os partidos políticos às empresas financiadoras. Assim, ao excluir

a participação de pessoas jurídicas ao pleito eleitoral não traria consequências sistêmicas à arrecadação eleitoral, já que mantem o acesso aos recursos provenientes do fundo partidário, à propaganda eleitoral gratuita e a possibilidade de financiamento por pessoas naturais.

Ressalta que a manutenção do sistema eleitoral como está fomentaria uma “plutocratização” da política, isso porque a capacidade econômica é diretamente proporcional à capacidade de influência do resultado das eleições.

O princípio à liberdade de expressão no âmbito político tem por objetivo estimular o debate público. As doações quando efetuadas por pessoas jurídicas é, para o relator, um cerceamento de sua efetividade por promover um acesso desigual à capacidade eleitoral dos candidatos. Desse modo o financiamento de campanha por pessoa jurídica é uma deturpação da noção de “cidadania e igualdade”.

No tópico V.1. Luiz Fux trata das doações por pessoas naturais e o uso de recursos próprios pelos candidatos. Constata que as pessoas naturais podem efetuar doações limitadas a 10% de seus rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito. Também podem doar valores estimáveis em dinheiro, relativos à uso de bens de propriedade do doador limitado à R\$50.000,00.

Esclarece também que no caso de autofinanciamento, os candidatos poderão utilizar recursos próprios limitados ao teto estabelecido pelo partido. Com relação a esse tópico o ministro entendeu por ser constitucional, acompanhando o entendimento do colegiado e mudando o seu posicionamento original.

5.2.2 Ministro Joaquim Barbosa

A posição do ministro em acompanhar parcialmente o voto do relator foi fundamentada pela necessidade de se combater práticas oligárquicas. Sustenta-se no artigo 14 parágrafo nono da Constituição o qual diz:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das **eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, entende por ser inconstitucional a possibilidade de empresas contribuírem no financiamento eleitoral, por ser uma clara possibilidade de influência de seus interesses no processo eleitoral, assim como “comprometer também seriamente a independência dos representantes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 64), sendo um meio de acesso da empresa à política, visando benefícios outorgados pelo candidato eleito. Ressalta que o financiamento privado não regulado e contido cria um desequilíbrio entre os partidos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 65).

Outro ponto importante de ressaltar é que o ministro traz que a ADI foi ajuizada em setembro de 2011. Em sua análise, que ocorreu em dezembro de 2013, o Congresso Nacional permaneceu inerte, sem regular a matéria e sem realizar a prometida reforma política e por isso, entendeu por não ser necessário a modulação de efeitos de sua decisão. Não apreciou em seu voto a teoria dos diálogos interinstitucionais e suas variantes.

Também pontuou que a fixação de prazo com recomendação ao Congresso Nacional contendo diretivas desmoraliza a atuação do tribunal pois tais diretivas são ignoradas pelo Legislativo, citando como exemplo o que ocorreu no Fundo de Participação dos Estados. Desse modo, acompanhou o relator, divergindo apenas na modulação de efeitos.

5.2.3 Ministro Dias Toffoli

O voto do ministro, presente nas páginas 71-96 do Inteiro Teor do acórdão entendeu pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Entende que a Constituição de 1988 veda a influência do poder econômico no processo eleitoral, sendo tal impedimento incompatível com a possibilidade de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas.

O financiamento eleitoral no entendimento do ministro deve ser restrito àqueles que participam do pleito: os eleitores, os partidos e os candidatos. Se as pessoas jurídicas não possuem cidadania, admitir sua influência no processo eleitoral é violar a soberania popular.

Traz que historicamente imperou no Brasil as oligarquias e o coronelismo que mantêm sua influência através das contribuições no pleito eleitoral, sendo majoritariamente os maiores financiadores de campanhas eleitorais.

Com relação às pessoas naturais ressalta que “a hora do voto é um daqueles raros momentos [...] em que todos os cidadãos [...] são formal e materialmente iguais entre si” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 82). Nessa toada entende que a utilização de critérios fundamentados na renda pessoal para estabelecer os limites das contribuições feitas por pessoas naturais, bem como a permissão de candidatos utilizarem seus próprios recursos em suas campanhas até um valor máximo de despesas definido por seu partido, infringem os princípios de isonomia e proporcionalidade.

Também entende que na ausência de estabelecimento de limites equitativos e independentes com base na situação financeira dos doadores ou dos candidatos, as disparidades econômicas e a concentração de renda presentes na sociedade inevitavelmente impactariam no financiamento das campanhas e, por conseguinte, no resultado das eleições.

Não apreciou em seu voto a teoria dos diálogos interinstitucionais e suas variantes. Votando pela constitucionalidade dos pleitos formulados na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

5.2.4 Ministro Luís Roberto Barroso

O voto do ministro, constante das páginas 121-134 entendeu por acompanhar integralmente o voto do relator Luiz Fux. Em sua fundamentação esclarece que o Poder Judiciário, sob a Constituição de 88, experimenta um notável crescimento institucional. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu-se como um verdadeiro guardião das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, desempenhando um papel relevante tanto na política como na percepção social da sociedade brasileira. Desse modo, a corte atualmente desfruta de grande credibilidade perante a opinião pública.

No entanto, o Poder Legislativo é o fórum por excelência para a tomada de importantes decisões políticas. Acredita que a ideia de substituir a política, seja por meio da judicialização ou da tecnocracia, seja um equívoco autoritário e presunçoso. Desse modo, o objetivo principal do STF é garantir que a política seja de fato representativa, funcional e goze de credibilidade junto à sociedade civil em geral.

Sustenta o ministro que é essencial, em qualquer democracia, buscar o equilíbrio adequado entre o mercado e a política. No entanto, o interesse público e a

Política não podem ser reduzidos a meros negócios. A ideia fundamental por trás da democracia é a igualdade, a noção de que todas as pessoas merecem igual respeito e consideração. Portanto, se o peso do dinheiro é capaz de desigualar as pessoas, esse modelo é viciado.

O ministro defende que existe a possibilidade de adoção de modelo democrático de financiamento eleitoral que permite o financiamento de pessoas jurídicas. No entanto, no contexto brasileiro, considera que o atual modelo financiamento eleitoral, que autoriza o financiamento por pessoas jurídicas é contrária aos princípios republicanos, é antidemocrático e contrário à moralidade pública.

As Cortes Constitucionais desempenham um papel importante, especialmente no caso brasileiro, ao interpretar e buscar concretizar certos anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Isso ocorre ao lado de sua função contramajoritária. A dimensão representativa legítima, com cautela, sua atuação para ajudar a superar impasses e dificuldades na produção de consensos inerentes à política pelo Poder Legislativo.

Assim, o ministro defende ser necessário além da vedação do financiamento por empresas, é necessário reduzir o custo das eleições, pois, caso contrário fomentaria a corrupção. Desse modo, o ministro entende que não basta acabar com o fluxo de dinheiro, é preciso conceber um modelo eleitoral mais econômico.

Barroso conclui seu voto defendendo duas propostas para reduzir os custos das eleições que já estão em discussão no Congresso: a votação em lista e o voto distrital misto. Em seu entendimento, é necessário estabelecer esse diálogo institucional, convocando o Congresso a contribuir com desprendimento pessoal e coragem cívica para promover mudanças em um sistema eleitoral que não serve adequadamente ao país. Cita a teoria dos diálogos, conforme segue:

Eu acho que, neste momento, é isso que legitima o nosso papel de avançar nesta questão e me leva à parte final do meu voto, que é uma posição de não apenas acompanhar o Ministro Luiz Fux, **declarando a inconstitucionalidade dessas normas, nos termos do pedido, mas também deflagrar ou endossar um debate institucional, um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional a propósito da concretização de regras do jogo democrático.** Não são simples opções políticas.

E, aqui, Presidente, chegando na parte final do meu voto, eu gostaria de assinalar, nesse **diálogo institucional** proposto ao Congresso, que nós temos um sistema eleitoral que comporta eleição proporcional, lista aberta e financiamento empresarial, que é um foco contínuo de antirrepublicanismo e de corrupção no país. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 133, grifo nosso).

5.2.5 *Ministro Marco Aurélio*

O voto do ministro Marco Aurélio, constante das páginas 168-176 do Inteiro Teor do Acórdão entendeu pela parcial procedência da ADI nº 4.650 para declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 24, cabeça, da Lei nº 9.504/1997, que permite a doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, bem como do parágrafo único desse dispositivo e do artigo 81, cabeça e § 1º, da mesma lei, com efeito retroativo. Também foi reconhecida a inconstitucionalidade parcial do artigo 31 da Lei nº 9.096/1995, no trecho que permite doações de pessoas jurídicas aos partidos políticos, e das expressões “ou pessoa jurídica” no artigo 38, inciso III, e “e jurídicas” no artigo 39, cabeça e § 5º, todos da referida legislação.

O voto do Ministro inicia abordando a importância de um sistema político verdadeiramente democrático como um direito fundamental do cidadão brasileiro. Ele argumenta que a democracia vai além de ser apenas um regime político adequado, é um direito baseado nos valores da soberania popular e do autogoverno.

É necessária a adoção de um processo eleitoral justo e igualitário para garantir a efetividade da democracia como um direito fundamental. Ele aponta que o financiamento privado de campanhas eleitorais por empresas pode corromper as democracias devido a diversos fatores inter-relacionados. Isso inclui a distribuição desigual do poder econômico, a influência dos doadores sobre os candidatos e partidos políticos, a influência dos interesses dos financiadores no processo legislativo e a falta de controle adequado do financiamento privado pelo poder público.

O ministro menciona um artigo de Timothy Kuhner, professor da Universidade da Geórgia, que destaca esses mesmos fatores e suas consequências preocupantes. O poder financeiro acaba influenciando as decisões políticas, os cidadãos comuns são ignorados e o sistema político se torna dependente do dinheiro privado, vazio de ideologia partidária e marcado por um processo eleitoral injusto e corrompido.

O voto também menciona um artigo do professor Cícero Araújo, da Universidade de São Paulo, que aborda as dificuldades da representação política no Brasil contemporâneo. O autor destaca o descolamento entre os representantes políticos e as pretensões sociais, resultando em uma crise de representatividade política. O financiamento das campanhas eleitorais também é apontado como um fator que favorece os interesses dos representantes em detrimento dos representados.

Argumenta-se que o atual sistema político brasileiro sofre das mesmas

imperfeições apontadas pelos autores mencionados. O financiamento privado das campanhas eleitorais favorece os candidatos e partidos maiores, comprometendo a igualdade política e a paridade de armas entre os concorrentes. Além disso, fortalece a influência do poder econômico na política, promove a corrupção e prejudica os valores republicanos.

Com base nessas considerações, o Ministro conclui que o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas privadas viola princípios fundamentais da ordem constitucional, como a democracia, a igualdade, a República e a proporcionalidade. Ele argumenta que, dada a atual desigualdade de forças socioeconômicas, a participação política no Brasil só pode ser verdadeiramente elevada se houver uma proibição do financiamento eleitoral por empresas.

5.2.6 Ministro Ricardo Lewandowski

O voto do ministro Marco Aurélio, constante das páginas 178-180, aditado em página 346 do Inteiro Teor do Acórdão acompanhou o relator, declarando a inconstitucionalidade dos artigos questionados, preservando as situações já consolidadas. Ela argumentou que o financiamento de partidos e campanhas por empresas privadas, permitido pela legislação eleitoral brasileira, prejudica o equilíbrio das eleições, violando o princípio de “um homem, um voto” que deve reger as democracias.

Destacou que as doações milionárias feitas por empresas distorcem esse princípio fundamental, pois as pessoas comuns não têm meios de se contrapor ao poder econômico, expressando sua vontade política apenas por meio do voto pessoal nas urnas durante as eleições.

Em seu entendimento, o financiamento privado vai contra a determinação constitucional de proteger a “normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico” (art. 14, § 9º, da CR/1988). Ao permitir que o poder econômico influencie as eleições, compromete-se a legitimidade dos pleitos e o princípio fundamental de que “todo o poder emana do povo”.

O ministro enfatizou que o povo, composto pelos cidadãos, não deve ser confundido com um conjunto de empresas, e, portanto, a vontade das pessoas jurídicas não pode concorrer nem se sobrepor à dos eleitores. Além disso, ressaltou que o financiamento por empresas viola o princípio da igualdade, essencial não

apenas à Constituição, mas também à essência do regime republicano. No caso brasileiro, as empresas, com seu peso político desproporcional, são claramente mais iguais do que os eleitores comuns, o que afronta o princípio da igualdade.

Entende que a legislação eleitoral atual também prejudica a garantia do sufrágio universal pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, assegurado no artigo 14 da Constituição, que é exercido exclusivamente por pessoas naturais. Já que pessoas jurídicas não votam nem podem ser eleitas, não há razão para permitir sua participação no processo eleitoral, inclusive por meio de apoio financeiro a partidos ou candidatos.

Lewandowski apontou a falta de implementação plena da democracia participativa prometida pelos constituintes brasileiros, que previa mecanismos como plebiscito, referendo e iniciativa popular. Esses obstáculos à manifestação direta dos cidadãos na política não foram removidos, impedindo a realização completa desse princípio.

Com base em tais razões, o ministro considerou parcialmente procedente a ação, determinando que a decisão tenha efeito imediato a partir da sessão de julgamento, sem a necessidade de modulação de efeitos, uma vez que as doações feitas por pessoas jurídicas em eleições passadas já se encerraram no tempo.

5.2.7 Ministra Carmen Lúcia

A ministra em página 321 do acórdão preferiu não fazer a leitura de voto, restringindo-se a acompanhar o Ministro-Relator. Não mencionou a questão da teoria dos diálogos em sua fundamentação.

A Ministra afirma que, como juíza, ela vai se ater estritamente ao que está previsto na Constituição, evitando interpretações que extrapolariam os limites da legislação vigente. Ela menciona o voto do Ministro Teori, que abordou o "sentimento de Constituição" proposto por Karl Loewenstein, enfatizando a importância de aderir às normas constitucionais de maneira objetiva.

A Ministra Carmen Lúcia também expressa respeito pelos votos divergentes apresentados, tanto pelo Ministro Teori quanto pelo Ministro Gilmar Mendes, mas afirma sua intenção de acompanhar o voto do Relator, ou seja, concorda com o posicionamento central exposto na decisão. Ela destaca que, independentemente do modelo ou do resultado alcançado, o que é essencial é o controle cuidadoso do

processo. Ela ressalta que o processo de controle, independentemente do desfecho, contribui para a lisura e a integridade do sistema democrático.

Destaca a importância de se manter a confiança dos cidadãos brasileiros no processo democrático. Ela menciona a ideia de probidade e lisura, enfatizando que a confiança da população depende da qualidade dos sistemas de controle e do processo decisório em questões de relevância constitucional. Sua declaração reflete a ênfase na importância da estrutura de controle, da aderência estrita à Constituição e da construção de uma democracia confiável e transparente para os cidadãos do Brasil.

5.3 Votos divergindo do relator

5.3.1 Ministro Teori Zavascki

O voto do ministro, constante das páginas 138-157 e com aditamento às páginas 287-292 do Inteiro Teor do Acórdão teve como entendimento final declarar a constitucionalidade parcial da ADI para vedar que pessoas jurídicas que contribuam no pleito eleitoral sejam contratadas ou que mantenham contratos onerosos com a Administração Pública, assim como impedir que pessoas jurídicas financiem simultaneamente partidos ou candidatos que competem entre si.

Em sua fundamentação traz que o dinheiro pode fazer mal à democracia, mas é indispensável para mantê-la. É necessário buscar o equilíbrio em sua utilização para evitar corrupção e conluio, algo que não possui fórmula ou soluções simples (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 141). Traz também que a Constituição não disciplina especificamente sobre o financiamento eleitoral, deixando o tema em aberto e indeterminado para que o legislador infraconstitucional assim o faça. Ao judiciário cabe o controle de constitucionalidade das soluções trazidas pelo legislador, sem “plurissignificar” princípios constitucionais, republicanos e democráticos que possam engessar a tarefa legiferante. Destaca-se o entendimento do ministro:

O estabelecimento de um ‘diálogo interinstitucional’ entre o STF e o Congresso Nacional, em que o STF pronunciaria a inconstitucionalidade do critério, bem como da ausência de limites para uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha, mas não retiraria imediatamente do mundo jurídico as normas em questão.

Cumpra desde logo registrar que o ‘diálogo interinstitucional’ proposto

constituiria, na verdade, apenas um monólogo unidirecional: o STF 'exortaria' o Congresso a legislar em determinado sentido, num certo prazo, sob pena de, não o fazendo, ficar essa incumbência transferida ao Tribunal Superior Eleitoral. É, como se percebe, uma proposta inovadora, estranha e, no meu entender, incompatível com os modelos constitucionais de solução de omissão ou insuficiência da atividade legislativa, especialmente no âmbito de ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo nas hipóteses especiais de procedência de ação de mandado de injunção ou de inconstitucionalidade por omissão, não haveria base constitucional para o Judiciário avançar sobre atribuições típicas do Poder Legislativo, nos moldes pretendidos, especialmente para delegá-las ao Tribunal Superior Eleitoral. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 152).

Desse modo, não está no crivo judiciário decidir se o modelo adotado é conveniente, adequado, eficiente ou a melhor forma de regulamentar a matéria, mas sim a análise da legitimidade constitucional das leis questionadas. Entende que apesar de urgir a necessidade de remodelação do arcabouço normativo, não há inconstitucionalidade da Lei nº 9.504/1997.

Percebe que pessoas jurídicas, apesar de artificiais materialmente, são parte da realidade social, desempenhando papéis essenciais à sociedade como agentes econômicos, produtores de bens e serviços e geradores de empregos aos cidadãos. Desse modo, apesar de visarem o lucro, elas cumprem a função social de satisfazer interesses de pessoas naturais.

O interesse é inerente às contribuições eleitorais, sendo ela feita por pessoa natural ou jurídica. Entretanto, nem todos os interesses são ilegítimos. O que deve haver, na opinião do ministro, é a devida responsabilização dos casos de interesses ilegais.

Ressalta ainda que, historicamente, o Brasil já proibiu contribuições de pessoas jurídicas, e o efeito de tal restrição foi contrário ao desejado. Houve a ampliação da corrupção através de contribuições não declaradas, conhecidas como "caixa 2" e levou ao impeachment do primeiro presidente eleito após a redemocratização brasileira, o Fernando Collor de Melo.

Assim, a regulamentação da contribuição eleitoral através das pessoas jurídicas veio para conferir maior transparência e possibilidade de controle e fiscalização dos gastos de campanha. A adoção de parâmetros realistas e de controle severo para limitação de gastos (inclusive impondo tetos) evita distorções do poder político em poder econômico adequados à experiência histórica brasileira. Desse modo, seu entendimento é pela necessidade de conferir maior restrição, controle e sanções do sistema de financiamento eleitoral.

Entende também que os crescentes sistemas de comunicação foram os grandes responsáveis pelo aumento dos gastos em campanhas eleitorais. Que apesar dos possíveis malefícios que tal aumento de gastos poderiam trazer, os benefícios à democracia são nítidos, pois conferem maior acessibilidade e debate político à população. O abuso do poder econômico proibido constitucionalmente não está, necessariamente, relacionado aos custos da campanha, mas em políticas ilegítimas, situação essa inalcançável por uma decisão de ADI e de análise primária do Congresso Nacional.

Com relação aos aportes de recursos próprios para financiamento de campanha entende haver déficit normativo, mas a substituição das disposições existentes por outras através de decisão judicial seria uma apropriação de funções do Poder Legislativo.

Conclui, portanto, que a imposição através do Judiciário do retorno à vedação de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas seria um “messianismo judicial” desgastante à imagem do Poder Judiciário pois traria uma ilusão de combate à corrupção que se tornará em desilusão.

O antídoto necessário para dirimir o déficit normativo do autofinanciamento de campanha e financiamento por pessoa jurídica é a atuação do Congresso Nacional para regulamentar o tema. Com relação à vedação de contratação de pessoas jurídicas que financiam campanhas com a Administração Pública, assim como o impedimento das pessoas jurídicas de financiar, simultaneamente, partidos ou candidatos que competem entre si são medidas necessárias para “valer da energia cinética dos princípios constitucionais” (p.291) que independem de intermediação legal.

5.3.2 Ministro Gilmar Mendes

O voto do ministro, constante das páginas 193-264 e com aditamento em 331 do Inteiro Teor do Acórdão teve como entendimento final declarar a constitucionalidade parcial da ADI para entender que o sistema de restrições de doação por pessoas jurídicas pode ser adensado e aperfeiçoado em sede judicial.

Gilmar Mendes em sua fundamentação reiterou todo o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki. Trouxe digressões internacionais sobre os modelos de financiamento eleitoral mais relevantes no cenário, trouxe também a contextualização

histórica do processo eleitoral e do financiamento de campanha.

Entendeu pertinente fazer considerações sobre a Operação Lava-Jato que estava em seu ápice quando o ministro votou (setembro de 2015). Teceu críticas severas ao governo, principalmente por propor a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.507/1997 no contexto que se encontrava a política brasileira. No entendimento do ministro, a atuação do partido situação seria um projeto de poder a ser referendado pelo Supremo Tribunal Federal.

Os partidos políticos são essenciais à vida democrática, porém não podem ser confundidos com o próprio Estado. Em vez disso, os partidos devem manter uma conexão com a sociedade civil, ou uma parte significativa dela, a fim de obter apoio e representar efetivamente as correntes de opinião presentes nesses contextos sociais. Dessa forma, os partidos devem posicionar-se intermediariamente entre o Estado e a sociedade, agindo como representantes da vontade da sociedade na formação da vontade política do Estado.

No entendimento do ministro, o sistema de financiamento misto por meio do Fundo Partidário, juntamente com o financiamento privado, embora apresente falhas e, necessitar de melhorias urgentes, permite a efetiva concorrência democrática. O que tem prejudicado o processo democrático eleitoral no Brasil são os abusos cometidos, em sua maioria, pelos candidatos que ocupam cargos públicos e que se valem da estrutura administrativa em seu favor. Esses abusos geralmente envolvem a prática de ilícitos, os quais poderiam ser evitados por meio do aprimoramento não apenas das leis eleitorais, mas também das leis de fiscalização em geral.

Em sua digressão histórica, o Ministro expôs que a Justiça Eleitoral Brasileira foi resultado da Revolução de 1930, com a criação do Código Eleitoral de 1932 e a Constituição de 1934 que estruturou a Justiça especializada. Entretanto, com o autoritarismo do Estado Novo e, apenas com o Decreto nº 7.587/1945 as eleições e o sistema eleitoral foi, de fato, instaurado. Na Constituição de 1946 houve a aprovação do Código Eleitoral de 1950 modificado, posteriormente, pelo Código de 1965.

Esse último Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) proibiu expressamente qualquer tipo de contribuição de pessoas jurídicas no pleito eleitoral (art. 56, IV). A vedação foi estendida às entidades sindicais e de classe em 1971, pelo artigo 91, IV da Lei nº 5.682/1971. Foi na vigência dessa norma que houve a disputa presidencial de 1989, que elegeu Fernando Collor de Melo como o primeiro presidente brasileiro pós ditadura militar e a redemocratização brasileira.

Como é cediço, Collor foi impichado tendo como uma das principais causas o financiamento ilícito da campanha eleitoral. Na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que apurou as irregularidades cometidas pelo ex-presidente e atual deputado brasileiro entendeu que a legislação brasileira, ao vedar totalmente doações feitas por pessoa jurídica era hipócrita e incompatível com a realidade, pois estimulou o financiamento empresarial sem escrúpulos através de recursos não declarados e corrompidos, como o “caixa-dois”.

A CPI concluiu que o país necessitava na realidade, não banir o financiamento por pessoa jurídica, mas sim aprimorar a regulamentação e a fiscalização dos recursos das campanhas eleitorais, pois isso traria maior transparência ao trâmite eleitoral e traria maior efetividade democrática e republicana.

O ministro ainda ressalta que mesmo após 20 anos do caso Collor, o Brasil ainda está envolto em casos de corrupção, principalmente pelo defloração do Mensalão e da Operação Lava-Jato. Tais investigações escancararam a ineficácia da regulamentação brasileira em coibir o abuso do poder econômico na política e é ineficaz ao combate à corrupção. Entretanto, voltar ao regramento anterior seria repetir o erro das legislações de 1965 e 1971. O retorno à vedação legal da participação das pessoas jurídicas no financiamento eleitoral seria uma “autorização legislativa da prática do crime de lavagem de dinheiro por campanhas eleitorais”.

No Governo PT (2002-2016), o financiamento eleitoral declarado foi apenas um dos métodos utilizados pelo partido para angariar recursos públicos para si e para as empresas financiadoras. A corrupção fez parte de um projeto de poder para ascensão ao poder e a manutenção de seu *status quo*. É incontestável que o volume de recursos envolvidos nas campanhas eleitorais pode corromper o sistema político. Assim foi durante a proibição de financiamento de pessoas jurídicas no pleito eleitoral. Assim é com a regulamentação dada pela Lei nº 9.504/1997.

Questiona quais são as verdadeiras intenções do próprio Partido dos Trabalhadores - o maior beneficiário dos esquemas de corrupção deflagrados à época - em impedir naquele contexto o financiamento de campanha eleitoral por pessoas jurídicas. Para o ministro fica claro que a intenção do partido é impedir a ascensão de novos políticos no cenário, já que sua imagem estava desgastada pelos escândalos de corrupção, colocando em risco sua hegemonia no cenário político nacional. Desse modo, o impedimento do financiamento faria parte do projeto de poder petista, já que o partido foi suficientemente beneficiado com as falhas do sistema vigente de

financiamento de campanha, e, vedando o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, a possibilidade de concorrência política de partidos que ameacem sua influência conquistada seria diminuída.

Desse modo, Gilmar Mendes entende que a Lei nº 9.504/1997 necessita de evidente repaginação regulatório, mas é mais adequada à realidade das campanhas eleitorais brasileiras que a legislação anterior. A restrição de financiamento eleitoral às pessoas físicas acarretaria duas grandes consequências: doações clandestinas através de caixa 2 e financiamento por Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) de “laranjas”, trazendo falsidade e sonegação das campanhas eleitorais. Já a restrição de doações de pessoas físicas por limitação per capita traria um aumento da lavagem de dinheiro. Apesar de paradoxal, o ministro defende que as doações privadas trazem equilíbrio no processo eleitoral, pois garante à oposição condições de denunciar corrupção e romper com o vício do sistema vigente.

Decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando baseadas em interpretação constitucional, possuem tendência a definitividade, em tudo indesejada no tratamento de temas complexos e cambiáveis como financiamento de partidos e de campanhas, conforme uma passada de olhos sobre a experiência comparada revelou. É claro que os princípios democrático, republicano e da isonomia são estruturantes de nossa ordem constitucional. Disso não decorre, no entanto, que prescindam de desdobramentos legislativos. Antes o contrário, é o Poder Legislativo, com seu amplo espaço de conformação, que dá corpo e vida a tais ditames constitucionais, aos quais esta Corte deve respeito e proteção. Arroubo interpretativos não devem acometer o Supremo Tribunal Federal e fazer desta elevada Corte a veiculadora de reforma política, confessa e comprovadamente, derrotada nas instâncias democráticas, em razão de seu propósito, justamente, antidemocrático. Além disso, os pedidos não encontram guarida em quaisquer dispositivos constitucionais, consoante demonstrou à saciedade o voto do ministro Teori Zavascki. O que se pretende é manipular a Suprema Corte para aplicar um golpe no processo democrático-eleitoral brasileiro, à revelia do Congresso Nacional, que tem resistido a tais investidas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 260).

Conclui que o poder econômico viciado tende a encontrar maneiras de imperar-se, viciando a democracia e o republicanismo. Entretanto, é de responsabilidade do Poder Legislativo analisar a realidade política e eleitoral atual e determinar como a legislação pode ser aprimorada para melhor responder a essas situações em constante evolução. Decisões provenientes do Poder Judiciário, especialmente quando baseadas em interpretação constitucional, têm uma tendência a serem definitivas, o que é indesejável no tratamento de assuntos sensíveis e com alto grau de mutação como o financiamento de partidos e campanhas.

5.3.3 *Ministro Celso de Mello*

O voto do ministro, constante das páginas 322-355 do Inteiro Teor do Acórdão teve como entendimento final acompanhar o dissenso apresentado pelo Ministro Teori Zavascki, afirmando que a permissão legal para que pessoas jurídicas contribuam financeiramente para partidos políticos e candidatos, desde que haja um sistema de controle efetivo para evitar o abuso de poder econômico, não viola a Constituição. Ele ressalta que a Constituição não proíbe o exercício regular do poder econômico, mas sim o seu abuso, que pode deslegitimar os resultados eleitorais.

O Ministro Celso de Mello destaca que a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) do caso Collor deixou registrado em seu relatório uma passagem relevante que corrobora seu entendimento. A passagem mencionada diz que a Constituição não é hostil ao poder econômico em si, mas sim ao seu abuso, que pode ser considerado como causa de inelegibilidade e pode justificar a impugnação e a perda de mandato. Ele defende a imposição de um controle severo e realista para punir aqueles que infringirem a lei, contribuindo assim para combater efetivamente a corrupção eleitoral.

O Ministro Gilmar Mendes faz uma intervenção, ressaltando que o texto constitucional já prevê a atuação das empresas e que a restrição é contra a influência do poder econômico quando exercido de forma abusiva. Ele menciona a influência das empresas jornalísticas nas eleições e argumenta que limitar as doações privadas das pessoas jurídicas comprometeria o modelo de sociedade aberta. Além disso, ele aponta a dificuldade de controle no interior do país e destaca que a regulamentação excessiva pode levar a problemas semelhantes aos encontrados na Albânia.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, esclarece que a decisão se restringe à proibição das doações por pessoas jurídicas, e não aborda as doações por pessoas físicas. Ele recomenda ao Congresso que estabeleça parâmetros de igualdade para as doações de pessoas físicas. O Ministro Marco Aurélio confirma que o voto do Ministro Celso de Mello se alinha a essa posição.

Ao final do voto-discussão, o Ministro Celso de Mello conclui seu entendimento, acompanhando o dissenso e julgando improcedente a ação direta em questão.

5.4 O financiamento de campanhas eleitorais na teoria dos diálogos interinstitucionais

A análise do acórdão da ADI nº 4.650 revela um importante debate em relação à implementação efetiva dos diálogos interinstitucionais e a preocupação com a deliberação democrática. Embora a Suprema Corte tenha mencionado a necessidade de diálogo e cooperação entre os poderes, sua decisão não parece refletir essa premissa de maneira efetiva.

Ao longo dos votos apresentados, é ressaltada a importância de uma postura expansiva e particularista do STF no processo político-eleitoral, em detrimento de uma abordagem deferente e formalista em relação às escolhas políticas da maioria do Parlamento. No entanto, a decisão da corte não parece levar em consideração essas ponderações, sendo percebida, pela autora dessa dissertação, como uma imposição unilateral que não favorece a deliberação conjunta entre os poderes.

A ideia de promover um diálogo entre a Suprema Corte, o Poder Legislativo, o Executivo e a sociedade civil são mencionados como essenciais pelo Ministro Luiz Fux, para a formulação de um modelo de financiamento de campanhas adequado. No entanto, a decisão do STF não demonstra um engajamento efetivo nesse diálogo, podendo minar a confiança nas instituições e a legitimidade do processo político.

É importante ressaltar também a preocupação com a influência do poder econômico no processo eleitoral, destacando a necessidade de regulamentação para evitar relações promíscuas e não republicanas com o poder público. Nesse sentido, a decisão do STF não parece abordar de forma abrangente e eficaz essa questão, deixando margem para interpretações e lacunas que podem comprometer a integridade do processo político.

A questão do financiamento de campanhas eleitorais é tratada como fundamental para a democracia brasileira, exigindo um equilíbrio entre a liberdade de expressão, a transparência e a igualdade política. No entanto, a decisão do STF não parece alcançar esse equilíbrio de maneira satisfatória, deixando abertas possibilidades para interpretações divergentes e para a perpetuação de desigualdades no sistema político.

A falta de cooperação e diálogo efetivo entre as instituições pode enfraquecer a democracia e a representatividade política. A Suprema Corte, ao mencionar a importância dos diálogos interinstitucionais, de modo mais contundente nos votos dos

ministros Luiz Fux, Teori Zavaski e Barroso, mas não os implementar efetivamente em seu acórdão, corre o risco de minar a legitimidade de suas próprias decisões e contribuir para a polarização política.

Desse modo, embora a corte tenha mencionado a importância dos diálogos interinstitucionais e da deliberação democrática, a decisão no caso da ADI nº 4.650 não parece refletir de forma efetiva esses princípios. A falta de uma abordagem colaborativa e a imposição de interpretações unilaterais podem minar a confiança nas instituições e comprometer a integridade do processo político. É fundamental buscar um equilíbrio entre os poderes e promover uma deliberação conjunta que garanta a representatividade e a legitimidade democrática.

A crítica central é que essas ferramentas não são utilizadas de maneira verdadeiramente dialógica e efetiva. O STF, mesmo mencionando a importância dos diálogos institucionais em suas decisões, não tem implementado efetivamente essa abordagem. Em vez disso, adota uma postura de supremacia judicial e busca a última palavra, sem um verdadeiro engajamento e debate com os demais poderes e com a sociedade civil.

Além disso, a decisão do STF na ADI nº 4.650 levanta preocupações em relação à autonomia legislativa e à separação de poderes. Embora seja papel da Suprema Corte interpretar a Constituição e garantir a sua aplicação, é necessário considerar a necessidade de respeitar o espaço de atuação dos demais poderes. A decisão do STF na ADI nº 4.650 exemplifica essa falta de efetividade na implementação dos diálogos interinstitucionais. Embora a decisão trate de um tema relevante - o financiamento de campanhas eleitorais - ela impõe restrições e regulamentações sem uma participação adequada do Legislativo. Isso demonstra uma interferência do Judiciário nas prerrogativas de outro poder e uma falta de diálogo e cooperação entre os poderes.

A implementação efetiva dos diálogos interinstitucionais requer uma postura de cooperação e respeito mútuo entre os poderes. No entanto, a decisão do STF pode ser interpretada como uma interferência excessiva do Judiciário nas prerrogativas do Legislativo, que é o órgão responsável pela elaboração das leis.

Ao impor determinadas restrições e regulamentações no financiamento de campanhas eleitorais, sem uma devida participação do Legislativo, o STF corre o risco de extrapolar sua competência e prejudicar o princípio democrático da representatividade política. A deliberação conjunta entre os poderes é essencial para

garantir a legitimidade das decisões e a inclusão de diferentes perspectivas na formulação de políticas públicas.

Além disso, a falta de clareza e detalhamento na decisão do STF pode levar a interpretações divergentes e à insegurança jurídica. A ausência de parâmetros objetivos para a regulamentação do financiamento de campanhas pode gerar lacunas que precisam ser preenchidas pelo Legislativo, resultando em uma necessidade contínua de ajustes e revisões da legislação

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal apresentaram diferentes entendimentos durante a discussão sobre o financiamento de campanhas eleitorais. O Ministro Luiz Fux, relator da matéria, ressaltou a importância da intervenção judicial para estabelecer um diálogo institucional necessário entre o Poder Judiciário e o Congresso. Ele mencionou a ideia de fixar um "marco regulatório da eleição" por parte do Congresso, evitando uma palavra definitiva da Suprema Corte.

[...] necessária a intervenção judicial não com uma palavra definitiva, mas com esse diálogo institucional necessário para que o Congresso, num prazo determinado, fixe aquilo que o Ministro Teori denominou 'marco regulatório da eleição'. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 158).

Enfatizou que o pedido em questão não declarava a inconstitucionalidade, mas sim instava o Congresso a promover uma ação alinhada à isonomia no financiamento de campanhas. Ele sugeriu que, como já existe uma lei em vigor que regula as pessoas físicas, a declaração de procedência da ação poderia ser parcial, abordando especificamente as pessoas jurídicas.

Então, aqui nós falamos nessa necessidade da interação dos Três Poderes e concitamos o Congresso a fazer algo que fosse, de alguma maneira, alinhado à isonomia. Mas não declaramos nenhuma inconstitucionalidade com isso. Como já há uma lei em vigor que regula as pessoas físicas, talvez, para evitarmos embargos de declaração ou mal-entendido, nós poderíamos declarar a procedência da ação de inconstitucionalidade em relação às pessoas jurídicas e parcialmente procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 328).

O Ministro Luís Roberto Barroso enfatizou sua crença de que parte do papel do Supremo é condenar um modelo que prejudica as instituições no médio e longo prazo. Ele apontou para a necessidade de o Congresso apresentar alternativas a esse modelo de financiamento de campanhas, ressaltando que não tem dificuldades em modular os efeitos das decisões. Para ele, não é possível ficar inerte diante de um

modelo que prejudica as instituições há décadas.

Portanto, eu, que não tenho a fantasia de salvar o mundo com papel e tinta, vivo, no entanto, a crença de que faz parte do meu papel condenar um modelo que eu acho que arruína, a médio e longo prazo, as instituições. Portanto, eu acho que a atuação do Supremo, neste diálogo institucional, é para que o Congresso apresente alternativas a esse modelo. Também não tenho dificuldade de modular os efeitos, mas tenho dificuldade de ficar inerte diante de um modelo que todos nós achamos que é péssimo e que já dura há muitas décadas, sem que se consiga romper esta inércia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 163).

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli abordou o tema do diálogo entre os Poderes. Ele destacou a importância da harmonia institucional no Estado Democrático de Direito e chamou a atenção para um dispositivo presente na Lei nº 9.504/2006, que determina que a lei fixe até 10 de junho de cada ano eleitoral o limite de gastos de campanha. Ele ressaltou que o Congresso tem o poder de regulamentar essa questão e mencionou a presença de parlamentares acompanhando a sessão.

Já que estamos sempre falando dos diálogos e da harmonia entre os Poderes - e isso realmente é essencial no Estado Democrático de Direito -, mas principalmente tendo em conta o pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes, que, com certeza, nos brindará, com o retorno dessa vista, com argumentos sólidos, que certamente nos farão repensar até, eventualmente, os votos já proferidos, mas, em razão desse pedido de vista e do tempo que isso vai demandar ainda para uma nova análise em futura assentada para finalizar este julgamento - e nada impede um novo pedido de vista, isso é um direito regimental -, eu só gostaria, nesse chamado "diálogo institucional" - e vejo que há parlamentares aqui presentes e tenho certeza de que, como ocorreu na outra sessão de dezembro passado, vários parlamentares estão nos acompanhando neste momento, dentro do Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 183).

Em resumo, os Ministros expressaram suas visões sobre o papel do Judiciário na promoção do diálogo institucional, a condenação de modelos prejudiciais, a necessidade de alternativas no financiamento de campanhas e a importância do respeito à harmonia entre os Poderes. Suas considerações refletiram as complexidades do tema e a importância de encontrar soluções constitucionalmente adequadas para o sistema de financiamento de campanhas eleitorais.

Uma abordagem mais colaborativa entre os poderes, em consonância com os princípios deliberativos, permitiria a construção de soluções mais sólidas e amplamente aceitas. Isso envolve um diálogo constante, troca de informações, argumentações e a busca por consensos que levem em consideração os diferentes

interesses e perspectivas da sociedade.

Para que os diálogos interinstitucionais sejam de fato implementados, é necessário um comprometimento real e uma postura de cooperação por parte do STF e dos demais poderes. Isso implica em uma maior abertura para o diálogo, o fortalecimento das ferramentas de participação pública e o respeito mútuo entre os poderes. Além disso, é fundamental estabelecer mecanismos de acompanhamento e avaliação dos resultados dos diálogos, de forma a garantir a sua efetividade e aprimoramento contínuo.

O financiamento de campanhas é uma pauta aquecida no entendimento dos arranjos institucionais de Conrado Hubner Mendes, isso porque, com o fim da presente ADI nova a discussão foi aberta acerca do fundo eleitoral em ADI 7058.

A democracia se fortalece quando as instituições atuam em conjunto, respeitando suas respectivas esferas de competência, e quando os cidadãos têm a oportunidade de participar ativamente no processo político. A decisão do STF na ADI nº 4.650 poderia ter sido uma oportunidade para fortalecer os diálogos interinstitucionais, mas parece não ter alcançado esse objetivo de maneira satisfatória.

Em conclusão, embora alguns ministros tenham mencionado a importância dos diálogos interinstitucionais em sua decisão na ADI nº 4.650, ainda se vê que boa parte dos magistrados sequer menciona sua existência. Desse modo, a implementação efetiva desses diálogos e a promoção da deliberação democrática parecem ter sido prejudicadas. A falta de cooperação e respeito mútuo entre os poderes, bem como a imposição unilateral de regulamentações, podem comprometer a legitimidade e a efetividade do processo político. É fundamental buscar um equilíbrio adequado entre a atuação dos poderes e promover uma verdadeira deliberação conjunta para garantir a representatividade e a qualidade das decisões tomadas no âmbito democrático.

6 CONCLUSÃO

O diálogo possui um papel fundamental na democracia deliberativa, pois viabiliza a construção de consenso em torno de temas de interesse público e contribui para fortalecer a legitimidade das decisões políticas. Incorporar as rodadas procedimentais como um fator central para conferir legitimidade às decisões, permite que o parlamento, a corte, o executivo e a sociedade civil participem ativamente desses diálogos.

Em uma sociedade, que inerentemente possui opiniões diversas sobre um mesmo tema, a única saída para uma estabilidade institucional democrática é encontrar uma base pública aceitável em meio ao pluralismo. A razão pública deverá nortear toda deliberação, que será legítima possuir elementos constitucionais e de justiça básica. É uma moldura necessária que baliza e limita a deliberação a qual não deverá ser ultrapassada com a finalidade de impor uma “verdade completa”.

Dessa maneira, os intensos diálogos respeitam a essência da separação dos poderes, uma vez que essas rodadas processuais têm como objetivo otimizar os processos deliberativos. Uma interação mais colaborativa entre as instituições em busca dos argumentos com maior capacidade epistêmica infunde vitalidade e energia na democracia, impondo uma pressão por coerência constitucional que maior potencial hermenêutico. Assim, a legitimidade de atuação de uma instituição ou não frente a uma demanda constitucional revela-se pela robustez dos argumentos trazidos e sua capacidade de sobrevivência frente aos desafios dos demais intérpretes constitucionais.

Na teoria estudada por esta autora, a noção de "última palavra" é substituída pela "última palavra provisória", trazendo um caráter cíclico de debate constitucional. Isso garante a maximização da capacidade epistemológica dos melhores argumentos no processo deliberativo. Assim, as funções institucionais param de ser rígidas e adotam um caráter fluido e plural, garantindo a circularidade das rodadas procedimentais. Isso significa que as decisões constitucionais, em termos de tempo, podem ser reavaliadas com base em argumentos de alta qualidade, assegurando que a demanda seja resolvida de maneira adequada, enquanto ainda permite a possibilidade de futuras rodadas processuais. Com o passar do tempo, é esperado que as instituições cheguem a acordos por meio de concessões mútuas

A legitimidade será entendida como uma meta a ser atingida e conquistada a

cada decisão. Essa constante busca pelo melhor argumento traz vitalidade e vibração à democracia, é uma pressão por consistência que busca mensurar a capacidade de uma rodada permanecer válida após desafiada. A legitimidade então será definida através de uma escala de critérios qualitativos mensurados pela teoria democrática com a finalidade de maximizar a hermenêutica dos desenhos deliberativos.

Assim, a teoria dos diálogos interinstitucionais recorre ao povo, à democracia para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade das decisões. Nesse sentido, a dinâmica dialógica apresentada e defendida por Mendes, Godoy e Costa é essencialmente arrimada em uma percepção deliberativa de democracia, pois, apenas a partir dela que as instituições alcançam a legitimidade da decisão.

Assim, a separação dos poderes é respeitada por esses intensos diálogos, de vez que tais rodadas procedimentais buscam maximizar os desenhos deliberativos. A busca pelo melhor argumento traz vitalidade e vibração à democracia, é uma pressão por consistência que busca mensurar a capacidade de uma rodada permanecer válida após desafiada. É, na opinião de Mendes trazer a tensão entre forma e substância para o centro do arranjo constitucional. Conclui que a instituição que tiver o melhor desempenho deliberativo se sobressairá na competição pelo melhor argumento e “ganhará” legitimidade para desafiar a outra. A implementação efetiva dos diálogos interinstitucionais requer uma postura de cooperação e respeito mútuo entre os poderes.

O STF ao longo das decisões estudadas demonstra uma interferência excessiva nas prerrogativas do Legislativo, que é o órgão responsável pela elaboração das leis, extrapolando sua competência e prejudicando o princípio democrático da representatividade política. A deliberação conjunta entre os poderes é essencial para garantir a legitimidade das decisões e a inclusão de diferentes perspectivas na formulação de políticas públicas.

Uma abordagem mais colaborativa entre os poderes, em consonância com os princípios deliberativos, permitiria a construção de soluções mais sólidas e amplamente aceitas. Isso envolve um diálogo constante, troca de informações, argumentações e a busca por consensos que levem em consideração os diferentes interesses e perspectivas da sociedade.

Para efetivar os diálogos interinstitucionais, é essencial que haja um comprometimento real e uma atitude colaborativa tanto por parte do Supremo Tribunal Federal quanto dos demais poderes. Isso implica em uma abertura ampliada para o

intercâmbio de ideias, o reforço das ferramentas de participação pública e o cultivo de um respeito recíproco entre as esferas de poder. Além disso, a criação de mecanismos de monitoramento e avaliação dos desdobramentos desses diálogos se torna fundamental para assegurar a eficácia dessas interações e possibilitar aprimoramentos.

Ao longo dos acórdãos estudados, a autora pode observar um certo padrão argumentativo de alguns ministros. Luiz Fux é quem traz de modo mais robusto a teoria dos diálogos interinstitucionais em seus votos. Traz recorrentemente o entendimento de Christine Bateup, Daniel Sarmiento, Rodrigo Brandão, dentre outros. Apesar de nem sempre entender o posicionamento final do ministro como correto, seu pioneirismo em fundamentar questões constitucionais a partir de sua análise dos diálogos interinstitucionais demonstra preocupação com um constitucionalismo mais deliberativo e aberto.

Todos os acórdãos analisados tratam de situações polêmicas frente à teoria de diálogos interinstitucionais de Conrado Hubner Mendes. As ADIs 4650 e 5105 tratam de temas político-eleitorais, que naturalmente possui grande interesse legislativo e judiciário.

Na ADI 5105 houve uma utilização mais incisiva do estudo da teoria dos diálogos interinstitucionais, isso porque tratou-se da análise da constitucionalidade de uma lei ordinária que superou entendimento do STF. A autora entende que nessa situação houve situações alarmantes de interferência do judiciário no legislativo, como a interrupção do andamento do projeto de lei. Entretanto, no acórdão especificamente e nos votos, entendo que houve certa tentativa de analisar o que seriam os diálogos interinstitucionais. Apesar de entender que os ministros utilizaram da teoria para justificar um atuação mais incisiva e ativista, reconhece a autora o caráter pioneiro e robusto de análise das deliberações e das rodadas procedimentais, mesmo não efetivando-as.

Já na ADI 4650, houve a discussão sobre a constitucionalidade ou não de norma que permitia o financiamento eleitoral por empresas e o autofinanciamento. Os votos e as discussões entre os ministros trazem uma rica discussão sobre dos diálogos interinstitucionais no entendimento do STF. Tornou-se nítida a divergência argumentativa entre os ministros que apreciaram a teoria dos diálogos e aqueles que não o fizeram

A ADI 4066 tratou sobre a análise da constitucionalidade do manejo do amianto

crisotila no Brasil. O grande diferencial entendido por esta autora do presente acórdão dos demais é a utilização das audiências públicas nas argumentações dos ministros. Apesar de identificar que tais ferramentas dialógicas foram utilizadas para sustentar o entendimento dos ministros ao invés de promover efetivo diálogo, entende que os ministros Fux e Gilmar Mendes entenderam pela autocontenção judicial pela deferência ao legislativo e por entender que tais matérias possuem melhor análise constitucional na esfera do Congresso Nacional.

Apesar de entender relevante a delimitação institucional trazida por estes ministros, entende que a argumentação foi rasa em teor epistemológico constitucional. Isso porque em diálogos interinstitucionais as limitações institucionais são menos rígidas, e a legitimidade se é justificada pelo argumento de melhor calibre constitucional. Simplesmente entender que a separação de poderes não permite a análise do judiciário em caráter deliberativo é fraco. Entende a autora que a análise da constitucional do uso do amianto deveria ser mais cooperativa entre as instituições, devendo haver um debate amplo entre as instituições e a esfera pública. Entretanto, compreende a autora que os ministros que entenderam pela deferência legislativa estão um passo mais próximo da efetiva deliberação das rodadas procedimentais, pois a humildade institucional em reconhecer não ser o mais apto a analisar a demanda, assim como o entendimento de não ser o possuidor da última palavra premissas importantes para que a corte possa evoluir para um efetivo diálogo interinstitucional em detrimento daqueles que entenderam que a norma internacional vedou expressamente o uso de amianto no Brasil e que o legislativo foi omissivo em sua legislação.

Não se pôde observar em nenhum dos acórdãos a efetiva decisão de abertura a novas rodadas procedimentais. Na ADI 5105, percebe-se que houve uma maior discussão sobre a teoria dos diálogos interinstitucionais dentro dos votos e entre os ministros, isso porque a Lei impugnada tentou superar o entendimento prévio da corte.

A democracia se fortalece quando as instituições atuam em conjunto, respeitando suas respectivas esferas de competência, e quando os cidadãos têm a oportunidade de participar ativamente no processo político. Em conclusão, embora a Suprema Corte tenha mencionado a importância dos diálogos interinstitucionais em sua decisão nas ADI's aqui estudadas, a implementação efetiva desses diálogos e a promoção da deliberação democrática parecem ter sido prejudicadas.

A falta de cooperação e respeito mútuo entre os poderes, bem como a

imposição unilateral de regulamentações, podem comprometer a legitimidade e a efetividade do processo político. É fundamental buscar um equilíbrio adequado entre a atuação dos poderes e promover uma verdadeira deliberação conjunta para garantir a representatividade e a qualidade das decisões tomadas no âmbito democrático. Apesar de ter os diálogos institucionais na fundamentação dos acórdãos, observa-se que poucos são os ministros que despende energia para de fato analisar e praticar os diálogos.

Os ministros Fux, Barroso e Toffoli foram mais abertos aos diálogos ao longo de seus votos, mesmo que a decisão tomada tenha sido controversa ou não acompanhada pelo colegiado. Isso pode ser observado ao examinarmos os três acórdãos, onde o resultado favorável à fundamentação dos diálogos constitucionais foi alcançado apenas quando apesar de ter utilizado a concepção dos diálogos interinstitucionais, optou-se pela inconstitucionalidade da lei questionada. Isso implica que o ativismo judicial foi respaldado pelo diálogo e pôde obter êxito. Contudo, é possível que, na realidade, os demais ministros não demonstrem tanto interesse em debater e implementar a proposta de Conrado Hubner Mendes quanto o relator.

Desse modo, conclui-se que a Constituição Brasileira é um “espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira.” Esse espelho da identidade constitucional brasileira é propício ao diálogo institucional e social, mas ainda está preso a posturas e discursos de consistência decisória e um desempenho deliberativo que apostam no fetichismo judicial ou legislativo de supremacia e “última palavra”.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edinho. **Projeto de Lei nº 4.470/2012**. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 set. 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 14/2013**. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112412>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 2.498, de 13 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a aplicação do Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2498.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.360, de 31 de janeiro de 2005. Promulga a Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, adotada em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5360.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e

dispor sobre regras de transição. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 02 fev. 2023..

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 maio 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 out. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12875.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.107, de 24 de março de 2015. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre fusão de partidos políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13107.htm. Acesso em: 02 fev. 2023..

BRASIL. Lei nº 14.211, de 1º de outubro de 2021. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para ajustar a sua redação à vedação constitucional de coligações nas eleições proporcionais; para fixar critérios para a participação dos partidos e dos candidatos na distribuição dos lugares pelo critério das maiores médias nas eleições proporcionais; e para reduzir o limite de candidatos que cada partido poderá registrar nas eleições proporcionais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14211.htm#art2. Acesso em: 02 fev. 2023..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relatora: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066**. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 24 de agosto de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**. Requerente: Partido Social Cristão - PSC. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584922>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.086**. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2622952>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430**. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade - PHS. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 29 de junho de 2012a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903848>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.795**. Requerente: Democratas - DEM. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 29 de junho de 2012b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4257995>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105**. Requerente: Solidariedade. Intimado: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de março de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de junho de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 jun. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4397298>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 out. 2007. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.733, de 11 de março de 2008. Altera o art. 11 da Resolução-TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 27 mar. 2008. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2008/resolucao-no-22-733-de-11-de-marco-de-2008>. Acesso em: 15 jun. 2022.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C139: Prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos**. Brasília, 27 de junho de 1990a. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm. Acesso em 02 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C162: Utilização do amianto com segurança**. Brasília, 18 de maio de 1990b. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236241/lang--pt/index.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, relatórios técnicos e/ou científicos e artigos científicos**: conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 4. ed. reform. e atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2022. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 20 jul. 2023.