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

José Eduardo de Lima Vargas

A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: da interpretação de decisões complexas à guarda da Constituição no Poder Executivo.

Belo Horizonte
2025

José Eduardo de Lima Vargas

A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: da interpretação de decisões complexas à guarda da Constituição no Poder Executivo.

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. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.

Belo Horizonte
2025

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Lima Vargas, José Eduardo de
L732p A participação da Advocacia-Geral da União nos diálogos constitucionais: da interpretação de decisões complexas à guarda da Constituição no Poder Executivo / José Eduardo de Lima Vargas. Belo Horizonte, 2025.
143 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Advocacia-Geral da União (Brasil). 2. Jurisdição constitucional. 3. Norma constitucional - Interpretação. 4. Poder judiciário - Aspectos constitucionais - Brasil. 5. Demarcação de terra indígena. 6. Reserva indígena - Proteção - Brasil. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.98
Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

José Eduardo de Lima Vargas

A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: da interpretação de decisões complexas à guarda da Constituição no Poder Executivo.

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. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior – PUC Minas
(Orientador)

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal - USP
(Banca Examinadora)

Prof. Dr. Arthur Magno e Silva Guerra – FDMC
(Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2025

A word is dead
When it is said,
Some say.

I say it just
Begins to live
That day.

(Emily Dickinson)

Aos meus pais, que me ensinaram, desde cedo, o valor do estudo — e, ainda hoje, seguem ensinando com o mesmo zelo.

À minha esposa, parceira de todos os dias — e pensar que, mais de sete anos atrás, às 34 semanas de gestação, era você quem defendia a sua dissertação!

Aos meus filhos, com o desejo de que esses exemplos de entusiasmo, comprometimento e integridade, lhes sirvam, como me servem, de inspiração para seguirem seus próprios caminhos.

AGRADECIMENTOS

Certamente muitas pessoas que trilharam percurso semelhante já enfatizaram que esse caminho é feito com o apoio de muitos. Renuncio a qualquer tentativa de inovar. Agradeço a todos que me incentivaram, me acompanharam durante o percurso e colaboraram para que chegássemos – no plural, portanto – aqui: colegas de mestrado e da AGU, professores, amigos, família...

De forma especial, agradeço aos colegas da Corregedoria da AGU. A equipe da COAUX 5 foi grande parceira: Arthur, Adailton, Dani, Lívia, Marcus e Nara. Foram alguns meses dedicados exclusivamente ao mestrado, o que só foi possível, formalmente, pela anuência dos Drs. Heráclio e Arthur, mas materialmente pela capacidade e disposição de cada integrante da equipe em assumir responsabilidades que seriam minhas durante o período de afastamento. Muito obrigado!

Na PUC, agradeço inicialmente e duplamente ao professor Baracho, pelas excelentes aulas e pela orientação. Aos professores Álvaro e José Adércio, muito do que se encontra nessa dissertação foi amadurecido nos debates em sala de aula. No nome de vocês agradeço a todo o corpo docente do PPGD. Também agradeço aos colegas da pós-graduação, em especial a Wallace, Layne e Thaís, pelos debates, seminários, incentivos e solidariedade nas apreensões típicas da pós.

Finalmente, agradeço à minha família. Aos meus pais, Izabel e José Eduardo, agradeço de forma especial pelo incentivo de sempre. A recordação, de infância, de minha mãe estudando, e os recorrentes incentivos já imemoriais de meu pai para que eu fizesse o mestrado, permanecem muito presentes. Ao amigo escritor e compadre Kaio, pela revisão cuidadosa. À minha esposa, Karol, que me estimulou a ingressar no mestrado e me apoiou o tempo todo. Mais ainda, a lembrança da dedicação com que realizou o seu mestrado, grávida, foi inspiração constante. Aos meus filhos, Tomás e Martim, porque a paternidade é, de alguma maneira, um (re)nascimento de nós mesmos — e tudo o que nos tornamos, nossas escolhas, angústias, alegrias e desejos — um pouco de tudo é por vocês, para vocês ou graças a vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a atuação da Advocacia-Geral da União (AGU) como intérprete da Constituição no contexto dos Diálogos Constitucionais. Para tanto, apresentamos um breve histórico sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional e sua delicada relação com a democracia, até chegarmos aos Diálogos Constitucionais, que oferecem um pano de fundo propício à investigação sobre como a AGU colabora na construção dos sentidos da Constituição. Em um segundo momento, fazemos uma breve exposição histórica e normativa sobre as atribuições da AGU para, em seguida, colocar à prova a hipótese de que essa instituição exerce um papel singular de intérprete da Constituição, por meio de estudo de caso. O caso, consistente na análise da atuação da AGU em meio às interações entre os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o marco temporal a ser observado nos procedimentos demarcatórios, se mostrou apropriado ao exame da hipótese. Concluímos o trabalho sustentando que a AGU colabora diretamente para a construção dos sentidos da Constituição, o que é demonstrado no caso estudado, especialmente em razão de duas de suas principais atividades: a interpretação de decisões judiciais em casos complexos e a guarda da Constituição perante o Poder Executivo. Por outro lado, o reconhecimento desse seu singular papel institucional demanda da AGU um firme compromisso democrático, por meio de uma atuação inclusiva, prudente e colaborativa, consciente de suas limitações e capacidades institucionais.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União; Jurisdição Constitucional; Democracia; Diálogos Constitucionais; Demarcação de Terras Indígenas; Raposa Serra do Sol; Marco Temporal.

ABSTRACT

This study examines the role of the Office of the Attorney General of Brazil (AGU) as an interpreter of the Constitution based on the Constitutional Dialogues Theories. It begins by presenting an overview of the development of judicial review and its delicate relationship with democracy, situating Constitutional Dialogues as a suitable framework to understand how the AGU contributes to shaping constitutional meaning. This work then provides a brief historical and normative account of the institution before testing the hypothesis that the AGU plays a distinctive role as a constitutional interpreter, using as a case study its participation in the interactions among the Legislative, Judiciary, and Executive branches regarding the demarcation of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land and the temporal framework. The analysis shows that the AGU indeed contributes to the construction of constitutional meaning, particularly through two central functions: the interpretation of judicial decisions in complex cases and safeguarding the Constitution within the Executive branch. The study concludes that recognizing this institutional role requires the AGU to maintain a strong democratic commitment and to act inclusively, prudently and cooperatively, aware of its institutional limitations and capacities.

Keywords: Federal Attorney General's Office; Judicial Review; Democracy; Constitutional Dialogues; Demarcation of Indigenous Lands; Raposa Serra do Sol; Temporal Framework.

RESUMEN

El presente trabajo investiga la actuación de la Abogacía General de la Unión (AGU) como intérprete de la Constitución en el contexto de los Diálogos Constitucionales. En primer lugar, se presenta un panorama del desarrollo de la jurisdicción constitucional y de su delicada relación con la democracia, situando los Diálogos Constitucionales como un marco adecuado para comprender de qué modo la AGU contribuye a la construcción de los sentidos de la Constitución. A continuación, se expone brevemente la trayectoria histórica y normativa de la institución, para luego poner a prueba la hipótesis de que la AGU ejerce un papel singular de intérprete constitucional, tomando como estudio de caso su actuación en las interacciones entre Legislativo, Judicial y Ejecutivo en torno a la demarcación de la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol y la definición del criterio del marco temporal. El análisis demuestra que la AGU efectivamente colabora en la conformación de los sentidos constitucionales, especialmente a través de dos funciones centrales: la interpretación de decisiones judiciales en casos complejos y la defensa de la Constitución en las acciones del Poder Ejecutivo. Se concluye que el reconocimiento de este papel institucional exige de la AGU un firme compromiso democrático y una actuación inclusiva, prudente e colaborativa, consciente de sus limitaciones y capacidades institucionales.

Palabras clave: Abogacía General de la Unión; Jurisdicción Constitucional; Democracia; Diálogos Constitucionales; Demarcación de Tierras Indígenas; Raposa Serra do Sol; Marco Temporal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **11**

2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA **16**

2.1 A expansão da jurisdição constitucional no Século XX **16**

2.2 A tensão entre democracia e jurisdição constitucional **26**

2.3 Algumas respostas à dificuldade contramajoritária **27**

2.3.1 Discurso da desunião: a incompatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia ***28***

2.3.1.1 Dissolvers: a rejeição da jurisdição constitucional *28*

2.3.1.2 Endossers: uma contradição sem solução *30*

2.3.2 Discurso da unidade: entre a negação da contradição e a reconciliação ***32***

2.3.2.1 Deniers: a negação da contradição entre democracia e constitucionalismo *32*

2.3.2.2 Reconcilers: compatibilizando democracia e jurisdição constitucional *38*

3 DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: UM CAMINHO PROMISSOR PARA A CONCILIAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **40**

3.1 Diálogos Constitucionais, uma metáfora ubíqua **40**

3.2 Teorias do Diálogo Constitucional **42**

3.2.1 Teorias do Método Judicial (Theories of Judicial Method) ***42***

3.2.1.1 Assessoria Judicial (Judicial Advice-giving) *42*

3.2.1.2 Regras Centradas no Processo (Process Centered Rules) *43*

3.2.1.3 Minimalismo Judicial (Judicial Minimalism) *44*

3.2.2 Teorias Estruturais do Diálogo (Structural Theories of Dialogue) *45*

3.2.2.1 Teorias da Construção Coordenada (Coordinate Construction Theories) *45*

3.2.2.2 Teorias dos Princípios Judiciais (Theories of Judicial Principle) *46*

3.2.2.3 Teorias do Equilíbrio (Equilibrium Theories) *48*

3.2.2.4 Teorias da Parceria (Partnership Theories) *50*

3.2.2.5 Fusão Dialógica (Dialogic Fusion) *50*

3.2.3 Diálogos Constitucionais na América do Sul: lições de Roberto Gargarella ***51***

3.2.4 Diálogos Constitucionais no Brasil ***54***

3.2.4.1 Última Palavra Provisória: a tese de Conrado Hübner Mendes *55*

3.2.4.2 Diálogos Prospectivos: a tese de Rodrigo Brandão *57*

3.2.4.3 Interpretação Constitucional Inclusiva: a tese de Miguel Gualano de Godoy *60*
3.3 Algumas reflexões sobre os Diálogos Constitucionais **62**
3.3.1 The Least Examined Branch: o Poder Executivo nos Diálogos Constitucionais ***63***
4 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, ESSA OUTRA DESCONHECIDA **68**
4.1 Antecedentes históricos e a AGU após 1988 ..... **68**
4.1.1 Os antecedentes históricos da AGU ***68***
4.1.2 A Constituição de 1988 e as Funções Essenciais à Justiça ***70***
4.1.3 As principais atribuições da AGU ***71***
4.2 A AGU e os Diálogos Constitucionais **74**
4.2.1 Teorias do Método e a atuação da AGU ***75***
4.2.2 Teorias Estruturais do Diálogo e a atuação da AGU ***77***
4.3 O que vem depois da última palavra **80**
5 DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: DO JULGAMENTO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL À LEI DO MARCO TEMPORAL **83**
5.1 Considerações metodológicas **83**
5.2 A decisão do STF no julgamento Raposa Serra do Sol **85**
5.3 A interpretação das decisões pela AGU **89**
5.3.1 Os Pareceres nº 11 e nº 153, de 2010 e a Portaria AGU nº 303, de 2012 ..... ***90***
5.3.2 O Parecer nº 01, de 2017, e seu efeito vinculante ***95***
5.4 Marco Temporal, STF e reações institucionais **100**
5.4.1 O julgamento do Tema 1.031 e a desconsideração do marco temporal ***103***
5.4.2 As reações do legislativo: do PL 2.903/23 à Lei 14.701/23 ... ***106***
5.4.3 As ações contra a Lei 14.701/23 e a uma tentativa de abordagem conciliatória ***109***
6 RAPOSA SERRA DO SOL, DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E A AGU **113**
6.1 A pertinência do caso ao exame da hipótese **113**
6.2 O caso e os Diálogos Constitucionais **113**
6.3 O que o caso nos mostra sobre a atuação da AGU **116**
6.4 Cuidados que o papel de intérprete da Constituição exige da AGU **120**
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS **130**
REFERÊNCIAS **135**

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado, no constitucionalismo, pela crescente importância da jurisdição constitucional e do protagonismo do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, sobretudo na afirmação da força normativa das constituições e na efetividade dos direitos fundamentais (Tate; Vallinder, 1995; Hirschl, 2020; Vieira, 2006). Após a segunda guerra mundial, mecanismos de controle de constitucionalidade se tornaram ferramentas cada vez mais presentes nos desenhos das democracias constitucionais: em 1951, 38% dos sistemas constitucionais do mundo eram dotados de algum modelo de jurisdição constitucional; sessenta anos depois, já eram 85% (Ginsburg, 2008; Ginsburg; Versteeg, 2014).

A jurisdição constitucional se desenvolveu sob o paradigma da supremacia da Constituição e de uma concepção dela derivada, mas que a ela se agregou de forma indissociável, a supremacia judicial. As duas proposições afirmam, respectivamente, que os poderes constituídos devem obediência à Constituição, que serve de parâmetro de controle dos seus atos, e que cabe ao Poder Judiciário interpretar de forma definitiva o sentido das normas constitucionais. A conjugação dessas duas ideias levou à seguinte formulação: a Constituição é aquilo que o Poder Judiciário diz que ela é, e os demais poderes devem atuar de acordo com essa interpretação.

No entanto, o crescimento da importância do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo veio acompanhado de uma pergunta incômoda: qual legitimidade possuem juízes, uma elite de agentes públicos não eleita e não sujeita à prestação de contas perante os cidadãos de um país, para dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam (Ely, 2010). Essa tensão entre constitucionalismo e democracia levou Alexander Bickel (1986) a cunhar a expressão que se tornou onipresente nos estudos sobre o tema: a dificuldade contramajoritária.

Diversas respostas foram apresentadas para essa dificuldade (Sultany, 2012). Nas últimas décadas, no entanto, uma abordagem inovadora ganhou corpo: os Diálogos Constitucionais, uma metáfora ubíqua (Bateup, 2006) que “capturou a imaginação dos constitucionalistas em todo o mundo” (Kavanagh, 2023, p. 59).

Sob essa designação abrangente se abrigam diversas teorias que recusam a ideia de que haja um monopólio da atividade de interpretação das constituições pelo Poder Judiciário, ou de que o ramo judicial detenha, ainda que não a única, a última

palavra sobre o sentido das constituições. Na perspectiva dialógica, a decisão judicial não é nem um monólogo e nem o fim da linha, mas eventualmente o início de uma conversa sobre o que a Constituição significa.

Os Diálogos Constitucionais tiveram na relação entre as Cortes e os Poderes Legislativos a sua principal agenda de estudos, deixando em segundo plano o Poder Executivo. No entanto, como afirma Aileen Kavanagh (2023, p. 54, tradução livre), referindo-se ao contexto britânico, "[o]fuscar o Executivo é ponto cego grave em qualquer abordagem que busque compreender a ordem constitucional". Conrado Hübner Mendes (2008, p. 97, nota de rodapé nº 213), em sua tese que é referência no estudo dos Diálogos Constitucionais no Brasil, reconhece que uma "abordagem integral da separação de poderes através da perspectiva dialógica requereria também a análise de como o executivo participa nesse processo".

No caso brasileiro, a importância de expandir esse foco é premente. Nossa Constituição de 1988 criou uma instituição especialmente vocacionada à interpretação da Constituição: a Advocacia-Geral da União (AGU). Nesse sentido, Guilherme Barreiro e Álvaro Cruz (2021, p. 196) já sugeriram que pesquisas sobre os Diálogos Constitucionais incluíssem "a análise da atuação do Poder Executivo, ainda que no âmbito do sistema de Justiça, a exemplo da atuação da Advocacia-Geral da União".

A AGU é, nos termos do art. 131 da Constituição da República, a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, além de exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A AGU é, portanto, a voz judicial e extrajudicial dos três poderes, e é quem tem a função precípua de orientar juridicamente a administração pública federal no Brasil. Há, portanto, um grande potencial de estudos sobre o papel dessa instituição como intérprete da Constituição, sobretudo diante das proposições dos Diálogos Constitucionais. A presente pesquisa se propõe a colaborar com essa agenda de estudos.

Na pesquisa foram empregados três métodos principais: pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. A pesquisa bibliográfica teve como principal objetivo expor as principais categorias teóricas diretamente relacionadas ao trabalho, sobretudo por meio de leitura de livros, artigos e teses. Trata-se de método utilizado especialmente nos três primeiros capítulos da dissertação, destinados a contextualizar a tensão entre democracia e constitucionalismo que recai sobre o exercício da jurisdição constitucional (capítulo 2), expor as principais bases teóricas dos Diálogos

Constitucionais (capítulo 3) e dar solidez à proposição de que a AGU tem, normativamente, um papel singular de intérprete da Constituição (capítulo 4).

Também recorremos à pesquisa documental, notadamente à jurisprudência, à Constituição e à legislação infraconstitucional, e a manifestações jurídicas da AGU. Em relação a essas últimas, houve necessidade de recorrermos à Lei de Acesso à Informação para obtermos acesso a pareceres relevantes para o estudo de caso. Em relação a um dos pareceres solicitados, houve negativa de acesso, fundamentada.

O método estudo de caso foi utilizado de forma complementar à pesquisa bibliográfica e documental, como teste da hipótese da pesquisa, ou seja, com o objetivo de verificar se a proposição de que a AGU tem, sob a perspectiva normativa, um papel singular na construção dialógica dos sentidos da Constituição, é confirmada. O caso é apresentado (capítulo 5) e discutido (capítulo 6) antes de tecermos nossas considerações finais.

O trabalho é, assim, dividido em seis capítulos, subsequentes a esta introdução. No capítulo 2, expomos a expansão da jurisdição constitucional e sua tensão com o princípio democrático, traduzida na já mencionada expressão *dificuldade contramajoritária*, e apresentamos algumas das principais respostas dadas a essa dificuldade. Nessa etapa, tomamos como referência teórica o artigo *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification,* do professor Nimer Sultany (2012).

Contextualizada a dificuldade contramajoritária e as principais respostas a ela, em grande parte ancoradas na oposição entre Cortes e Parlamentos, o capítulo 3 apresenta uma terceira via: os Diálogos Constitucionais. Trata-se, no entanto, de uma designação ampla, que abrange diversas teorias. O objetivo do capítulo é promover uma exposição geral das principais concepções teóricas que podem ser compreendidas sob esse guarda-chuvas. Nesse capítulo também adotamos uma publicação como ponto de partida para a exposição: o artigo *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, de Christine Bateup (2006). Em sua conhecida revisão bibliográfica, Bateup subdivide os Diálogos Constitucionais em dois grupos: *Teorias do Método Judicial*, de caráter predominantemente normativo, e *Teorias Estruturais do Diálogo*, de caráter predominantemente descritivo, cada um deles com subclassificações. Complementamos a revisão de Bateup com a exposição de autores da América do Sul, trazendo algumas reflexões do professor argentino Roberto Gargarella e as teses

de doutoramento de três pesquisadores brasileiros: Conrado Hübner Mendes, Rodrigo Brandão e Miguel Gualano de Godoy.

O capítulo 4 inicia uma nova etapa da dissertação, agora dedicada à apresentação da instituição protagonista na pesquisa: a Advocacia-Geral da União. Apresentamos um breve histórico das funções que, a partir de 1988, passaram a ser exercidas pela AGU, abordamos sua posição constitucional, como *função essencial à justiça*, e suas principais competências, detalhadas pela Lei Complementar nº 73, de 1993. Também ressaltamos, nesse capítulo, o quanto os Diálogos Constitucionais trabalham com formulações que são interessantes para um estudo do papel institucional da AGU como intérprete da Constituição.

O capítulo 5 é dedicado à apresentação do estudo de caso. Ele é iniciado com alguns esclarecimentos relacionados aos recortes metodológicos realizados, de forma a que o estudo pudesse focar sobretudo na dinâmica das reações institucionais às decisões do STF em discussão, com o olhar atento à atuação da AGU. A análise do caso em si tem início com uma síntese da decisão do STF na Petição 3388 – Roraima (PET 3388), o famigerado julgamento Raposa Serra do Sol. Em um segundo momento, passamos o olhar para a atuação da AGU, especialmente para os pareceres nos quais ela interpreta os acórdãos do STF nesse julgamento. Na terceira parte, voltamos a análise para o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365 (Tema 1.031) pelo STF, processo no qual o ministro relator suspendeu os efeitos de parecer vinculante da AGU e, no mérito, o Tribunal modificou seu entendimento sobre o marco temporal que havia sido adotado na PET 3388. Essa decisão sofreu reação institucional imediata, com a aprovação, pelo Senado, de Projeto de Lei em sentido contrário àquele definido pelo STF. O projeto teve dispositivos vetados pelo Executivo por inconstitucionalidade, a pedido, dentre outros órgãos, da AGU. Os vetos foram derrubados pelo Legislativo e a discussão retornou ao STF. Assim, o último ato do estudo de caso é a nova abordagem conciliatória adotada pelo STF no processamento das ações ajuizadas contra a Lei nº 14.701, de 2023, que conta novamente com a participação ativa da AGU.

Antes de chegarmos às considerações finais, o capítulo 6 promove a discussão do caso, notadamente da sua pertinência à demonstração da hipótese da pesquisa. Em nossa visão, o caso demonstra a fragilidade das teorias das supremacias e evidencia a adequação da ideia dos Diálogos Constitucionais de que, em uma democracia, nenhuma instituição é titular de uma última palavra sobre o sentido da

Constituição. Esse sentido está em constante construção e reconstrução. Além disso, o caso confirma a hipótese da pesquisa: a AGU participou ativamente desse processo, tanto por meio da interpretação da própria decisão do STF, quanto por suas próprias elaborações sobre como deve se dar a atuação da administração pública em harmonia com a Constituição. Acreditamos que o estudo tenha demonstrado a importância da atuação da AGU como intérprete constitucional, sobretudo em casos complexos e controversos. Como consequência, se reconhecermos caber à AGU exercer, em relação à administração pública federal, a guarda da Constituição, as críticas à supremacia judicial também devem ser assimiladas pela AGU como critérios que apontam para a importância do aprofundamento democrático de sua própria atuação.

Finalmente, registramos que o projeto está alinhado à linha de pesquisa *Constitucionalismo Democrático*, dentro da área *Democracia, Constituição e Internacionalização* deste programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), uma vez que seu objeto está diretamente relacionado tanto ao estudo de *conceitos fundamentais da democracia e do constitucionalismo, com o propósito de possibilitar investigações sobre a interdependência teórica e prática das duas dimensões estruturantes do Estado e da sociedade na contemporaneidade* quanto ao estudo *dos direitos fundamentais e das formas de participação social formal e informal na esfera público-política como elementos indispensáveis ao Estado democrático de Direito,* os dois grandes propósitos da linha.

Acreditamos que a pesquisa colabora para o meio acadêmico, jurídico e institucional, ao analisar criticamente tanto a atuação da AGU como intérprete das decisões do STF quanto sua atuação como guarda da Constituição junto ao Poder Executivo, atividades essas que atraem, como a pesquisa sugere, grandes responsabilidades e muita prudência.

2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

2.1 A expansão da jurisdição constitucional no Século XX

A expressão *jurisdição constitucional* comporta diversas compreensões do seu sentido, mais ou menos abrangentes. Baracho (1984, p. 27) nos apresenta algumas delas: “o processo que reconhece matéria constitucional ou que tem por objeto esse assunto”, expressando a visão de F. J. Galvez Montes; a “atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição”, falando sobre o conceito de Héctor Gros Espiell; e a “tutela de direitos e interesses que atentem para a matéria constitucional, derivando, quando a Constituição é rígida, de pretensões fundadas diretamente nas normas formalmente constitucionais”, a partir de Biscaretti Ruffia. O próprio Baracho se refere à jurisdição constitucional “como a parte da administração da justiça que tem por objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado” (Baracho, 1984, p. 97).

Essas são conceituações abrangentes da expressão, que não vinculam o seu exercício necessariamente a um órgão do Poder Judiciário ou Corte Constitucional. Nesse sentido mais amplo, a jurisdição constitucional também poderia ser exercida, por exemplo, por órgãos legislativos, casos das Constituições suíça, de 1848, emendada em 1874, francesa, de 1875 e alemã, de 1919 (Baracho, 1984, p. 99-100).

A expressão adquire um significado mais específico nas formulações teóricas de Hans Kelsen (Baracho, 1984, p. 103), a quem se atribui “o mérito de ser o criador da jurisdição constitucional especializada” (Grimm, 2023, p. 59). Kelsen fala em uma “garantia jurisdicional da Constituição, geralmente chamada jurisdição constitucional” (Kelsen, 2013, p. 123), e define essas “Garantias da Constituição” como “garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” (Kelsen, 2013, p. 126). Pode-se dizer, portanto, que “o controle de normas é o cerne da jurisdição constitucional” (Grimm, 2023, p. 94).

Restringir o seu sentido apenas ao de controle de constitucionalidade, no entanto, “limitaria o seu campo de abrangência, que é bem maior” (Baracho, 1984, p.

112)[1]. Cappelletti, por exemplo, reconhece no "controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis" a mais importante atividade da jurisdição constitucional[2], mas sem limitá-la unicamente a essa atividade: trata-se, na sua perspectiva, de um fenômeno que se manifesta por meio de variados instrumentos nos mais diversos países, mas que carregam um sentido de "unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional" (Cappelletti, 1984, p. 25). Nesse sentido específico, a expressão estaria necessariamente relacionada à atividade judicial, e não abrangeria a atividade de controle de constitucionalidade exercida, por exemplo, por órgãos políticos, como no modelo francês[3].

O modelo francês foi desenvolvido a partir da Constituição francesa de 1791 e possuía uma "dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário" (Cappelletti, 1984, p. 27). Ele se distingue do modelo da *judicial review*, criado originalmente nos Estados Unidos, e que desenvolve a ideia de que cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional[4]. O modelo estadunidense vincula supremacia constitucional e supremacia judicial.

Distinguem-se, assim, dois modelos de supremacia das constituições: o estadunidense, de controle judicial, e o francês, de controle político. Como nos diz Barroso (2018, p. 17) após "a Segunda Guerra Mundial, o modelo americano prevaleceu na maior parte do mundo democrático". A própria França reformou o seu sistema nos últimos anos, sobretudo a partir da introdução da Questão Prioritária de Constitucionalidade, promovendo concessões em seu modelo diante das "tendências constitucionais, sobretudo estadunidenses" (Teixeira; Finger, 2017).

Apesar da inegável contribuição dos Estados Unidos da América na formulação das bases da jurisdição constitucional, Cappelletti (1986, p. 51) nos mostra que a experiência da antiguidade ateniense seria significativa e probante da existência de antecedentes históricos ao modelo moderno de jurisdição constitucional legado pelos

---

[1] Para exemplificar essa abrangência, Baracho faz referência a uma variedade de atividades compreendidas pela jurisdição constitucional apontadas por José Luis Cascajo Castro, tais como a tutela dos direitos fundamentais frente a qualquer disposição dos poderes públicos e a resolução dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, dentre outros (Baracho, 1984, p. 112).

[2] Ele faz referência à "jurisdição ou justiça constitucional, a Verfassungsgerichtsbarkeit dos alemães" (Cappelletti, 1984, p. 25).

[3] O modelo da França "oferece os mais típicos e mais numerosos exemplos de um controle político, não judicial, de constitucionalidade" (Cappelletti, 1984, p. 27).

[4] Essa ideia será problematizada na sequência dessa dissertação sobretudo a partir dos aportes do Constitucionalismo Popular e dos Diálogos Constitucionais.

Estados Unidos no séc. XIX. Na experiência grega já seriam encontradas características típicas do constitucionalismo moderno, como a hierarquia entre normas e a existência de procedimentos legislativos rígidos para sua alteração, o que caracterizaria as ideias de supremacia legal e de ilegitimidade das leis injustas (Cappelletti, 1986, p. 49)[5].

A história da jurisdição constitucional tem, no entanto, dois grandes marcos, separados por mais de um século e milhares de quilômetros de distância: a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury vs Madison*, de 1803, e a Constituição Austríaca, de 1920. Esses dois acontecimentos históricos deram origem a distintas trajetórias que inspiraram dois sistemas de exercício da jurisdição constitucional, o dos Estados Unidos e o da Áustria.

Embora seja possível rastrear, como exposto por Cappelletti, antecedentes históricos que permitiram o amadurecimento das teses que vieram a ser afirmadas no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, essa decisão é reconhecida como "marco inaugural do controle de constitucionalidade" (Barroso *in* Neves, 2018, p. 386), de forma que parece não haver maiores divergências quanto ao mérito dos Estados Unidos, notadamente de sua Suprema Corte, na criação do controle jurisdicional de constitucionalidade (Bonavides, 2006, p. 305). O julgamento é um marco do constitucionalismo mundial ao apresentar a ideia de que o Poder Judiciário pode, em defesa da Constituição, impor limites aos demais Poderes e invalidar atos que a desrespeitem, afirmando, assim, a ideia da supremacia das constituições (Barroso *in* Neves, 2018, p. 379).

Paulo Bonavides (2006, p. 306) credita a escritos de Hamilton, no Federalista, a fonte de inspiração do Juiz Marshall para construir seu argumento da superioridade da Constituição dos Estados Unidos em face das leis ordinárias, na medida em que ela imporia limites à autoridade legislativa:

> Por uma Constituição limitativa, eu entendo aquela que contém certas exceções específicas à autoridade legislativa, como por exemplo as de que não aprovarão *bills of attainder* nem leis *ex post facto* ou outras semelhantes. Tais limitações na prática somente poderão ser preservadas por via dos

[5] Uma outra experiência que pode "ser considerada como um grandioso precedente, de vastíssimo alcance, do sistema que, séculos depois, foi adotado nos Estados Unidos e, posteriormente, em outros Países (...)" (Cappelletti, 1986, p. 51) foi aquela decorrente da relação entre direito e justiça da Idade Média: a ideia de um direito natural, "configurado como a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas" (Cappelletti, 1986, p. 52). De acordo com essa visão, a modernidade e até mesmo a tradição jurídica inglesa, de supremacia do parlamento, também teriam contribuído para a formulação, nos séculos XIX e XX, da ideia da Jurisdição Constitucional.

> tribunais, cuja obrigação deve ser a de declarar nulos todos os atos contrários ao teor manifesto (*manifest tenor*) da Constituição. Sem isto todas as reservas de direitos particulares ou privilégios se reduziriam a nada (Hamilton, Madison e Jay, *apud* Bonavides, 2006, p. 306).

A inspiração parece evidente nas seguintes palavras do juiz:

> Os poderes do legislativo são definidos e limitados; e para que esses limites não sejam mal compreendidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. Com que finalidade são limitados os poderes, e com que finalidade essa limitação é afirmada por escrito, se esses limites puderem, a qualquer momento, ser ultrapassados por aqueles que se pretende restringir? A distinção entre um governo com poderes limitados e ilimitados é abolida se esses limites não limitarem as pessoas a quem são impostos e se os atos proibidos e os atos permitidos forem de igual obrigação. É uma proposição muito clara para ser contestada, que a Constituição controle qualquer ato legislativo que lhe seja contrário; ou, que o legislador possa alterar a Constituição por meio de um ato ordinário.
> Entre essas alternativas não existe meio termo. A Constituição ou é uma lei superior e suprema, imutável pelos meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como outros atos, é alterável quando o legislador assim o desejar (Estados Unidos, 1803, tradução nossa)[6].

As linhas gerais desenvolvidas pelo Juiz Marshall no julgamento do caso *Marbury vs Madison* quanto à supremacia constitucional se tornaram um paradigma para as democracias do mundo e inspiram, ainda hoje, a atuação de diversas Cortes e Tribunais[7], de modo que o *judicial review* se tornou "um dos eixos centrais do Direito Constitucional Contemporâneo" (Barroso *in* Neves, 2018, p. 379).

---

[6] Texto original (em inglês): "The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it".

[7] A decisão da Suprema Corte de Israel no caso United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village, de 1994, portanto, quase duzentos anos depois do julgamento de Marbury vs Madison, exemplifica o quanto este caso segue inspirando a atuação de Supremas Cortes na afirmação da supremacia das constituições e das suas próprias competências como intérprete maior das respectivas constituições, mesmo sem a expressa atribuição dessa competência pela Carta. Aduziu a corte: "75. A tradição jurídica americana – desde a decisão de 1803 no caso Marbury v. Madison – é que uma lei que entre em conflito com as cláusulas da constituição é nula e qualquer tribunal tem o poder de o declarar. A Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a esta conclusão apesar da ausência de uma disposição expressa nesse sentido na Constituição dos Estados Unidos. O juiz Marshall escreveu: (...). Na verdade, a constituição pretende limitar a legislatura. Esta limitação só tem sentido se uma lei ordinária não puder prevalecer sobre a constituição. Não existe meio-termo: ou a constituição é suprema e não pode ser alterada por meios regulares, ou tem o mesmo estatuto de uma lei ordinária, que o legislador pode alterar a seu bel-prazer. O Juiz Marshall acrescentou: (...) Desde essa decisão, não há dúvida

O sistema de controle de constitucionalidade construído nos Estados Unidos consiste no controle concreto ou por via de exceção, também conhecido como controle difuso de constitucionalidade, caracterizado pela possibilidade de ser exercido difusamente por qualquer membro ou tribunal judiciário, em casos concretos e com partes definidas, gerando efeitos que retroagem à origem do ato inconstitucional (Fernandes, 2022, p. 1355). A influência do sistema dos Estados Unidos foi evidenciada pela sua adoção em outros países, como no Japão, mas sobretudo em ex-colônias ingleses, como o Canadá, a Austrália, e a Índia. Na Europa, o modelo também podia ser encontrado na Noruega, Dinamarca e Suécia, além de ter existido na Alemanha e na Itália (Cappelletti, 1986, p. 69-71).

O sistema austríaco, por sua vez, tem traços próprios. Kelsen, seu grande inspirador[8], defendia que a garantia da constituição estaria fragilizada se tivesse sua autoridade submetida às mesmas autoridades responsáveis pela prática das inconstitucionalidades – argumento já contido na decisão de Marbury v. Madison - e que, por isso, a instituição de um tribunal constitucional seria necessária. Nesse sentido, afirmou Kelsen:

> 9. Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. (...) É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais - isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional (Kelsen, 2013, p.150).

Embora compartilhem o ceticismo quanto à possibilidade de que o legislativo observe voluntariamente os limites que lhe são impostos pelas constituições, a solução dada pelos dois modelos é distinta: ao contrário do sistema estadunidense, de controle difuso, no sistema austríaco há um órgão criado especificamente para o exercício da jurisdição constitucional (normalmente uma Corte Constitucional), cujas

---

nos Estados Unidos de que a legislação que conflita com a Constituição é nula, e é papel do tribunal – na interpretação da Constituição e da lei – determinar a existência de um conflito, bem como suas consequências. Surge assim a doutrina da revisão judicial da constitucionalidade. Esta doutrina é a pedra angular do sistema constitucional americano. Remova-o e toda a estrutura desabará. (...)" (ISRAEL, 1994, p. 261-264, tradução nossa).

[8] Embora, como nos recorda Dieter Grimm (2023, p. 60), a Constituição da Tchecoslováquia de fevereiro de 1920 tenha implementado seu modelo de controle de constitucionalidade antes da Áustria (de outubro desse mesmo ano), dando novo fôlego à proteção jurídica de direitos fundamentais que já existia naquele país desde 1867, é a Constituição da Áustria que é reconhecida como um marco na consolidação de um novo modelo de Jurisdição Constitucional que se expandiu sobretudo pelo ocidente democrático na segunda metade do século XX.

características principais são a concentração do controle nesse órgão específico (por isso chamado de “controle concentrado”), e realizado de forma principal e abstrata, caracterizando um modelo vocacionado ao controle de normas (e não à solução de casos concretos), denominado de controle objetivo (Gonçalves, 2022, p. 1356).

A criação de Cortes Constitucionais com a função de exercer esse controle concentrado prosperou após a segunda guerra mundial. Nos primeiros anos do pós-guerra, Alemanha e Itália passaram a adotá-lo. O sistema austríaco também foi adotado por Chipre, Turquia, Iugoslávia e Tchecoslováquia. (Cappelletti, 1986, p. 73).

A segunda metade do Século XX assistiu, então, a uma robusta expansão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional (Tate; Vallinder, 1995; Ginsburg, 2008; Hirschl, 2020). Se até a Segunda Guerra Mundial a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade era uma exceção, nos anos 2000 ela se tornou uma regra: 158 de 191 sistemas constitucionais contavam com provisões relacionadas a controle de constitucionalidade em 2008 (Ginsburg, 2008, p. 81).

As explicações para esse crescimento são variadas. Vallinder aponta algumas delas: razões econômicas, diante da necessidade de maior autonomia individual em meio aos regimes de economia planificada e dos oligopólios econômicos; razões jurídico-filosóficas, notadamente o ressurgimento de teorias do direito natural, ou deontológicas; e razões de política internacional, sobretudo a emergência dos Estados Unidos como potência democrática hegemônica, associada a uma linha liberal da sua Suprema Corte na era Warren, além da importância da figura de Hans Kelsen, que levou o debate para fora das fronteiras da Áustria, e da expansão dos organismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos (Vallinder, 1995, p. 13-26).

Outros autores apontam razões de caráter estratégico. Hirschl, por exemplo, sustenta que essa transferência de poderes é uma forma de preservação de *status quo* que opera por meio da retirada de determinadas disputas da arena política quando grupos historicamente influentes se veem ameaçados em sua posição hegemônica (Hirschl, 2020). Tom Ginsburg e Mila Versteeg procuram demonstrar, também nesse sentido, que a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade seria sobretudo uma resposta a questões de política interna, e não estaria relacionada a idealizações sobre a proteção de direitos, coordenações de poderes e instituições ou demandas externas, funcionando a jurisdição constitucional como uma espécie de seguro político (Ginsburg; Versteeg, 2014).

Não parece ser possível, no entanto, desconsiderarmos o quanto os horrores da segunda guerra mundial impactaram na percepção sobre a necessidade de proteção de direitos humanos de forma a se evitar que novas tragédias semelhantes voltassem a ocorrer:

> Um fator importante foi a ascensão, na década de 1930, dos regimes totalitários na Europa e seu terrível ultraje contra os direitos dos cidadãos, especialmente durante a guerra. Depois da guerra, neste contexto, os democratas de todo o mundo tiveram de se colocar algumas questões cruciais: Como é que tudo isto pôde acontecer? Como podemos evitar a recorrência disso? Em outras palavras: como podemos proteger os direitos dos cidadãos no futuro?[9] (Vallinder, 1995, p. 19, tradução nossa).

Essas questões "ferviam especialmente na Alemanha, por razões óbvias"[10] (Vallinder, 1995, p. 19, tradução nossa) e a resposta alemã, em 1949, foi uma nova Constituição, com uma extensa carta de direitos, corte constitucional e jurisdição constitucional, com a adoção do sistema austríaco[11].

Após a segunda guerra mundial, o sistema austríaco teve boa acolhida em todo o mundo, com a expansão dos Tribunais Constitucionais sob o "figurino do modelo kelseniano" (Brandão, 2022, p. 77). A partir daí a jurisdição constitucional passa a ser uma espécie de exigência democrática[12], "um *standard* constitucional irrenunciável" (Grimm, 2023, p. 82).

---

[9] Texto original (em inglês): "One important factor was the rise in the 1930s of the totalitarian regimes in Europe and their horrible outrage against the rights of the citizens, especially during the war. After the war, against that background, democrats everywhere had to ask themselves some crucial questions: How could all this happen? How can we prevent a recurrence of it? In other words: How can we protect the rights of the citizens in the future?".

[10] Texto original (em inglês): "These questions were especially burning in Germany, for obvious reasons".

[11] A adoção desse sistema carrega consigo também uma vitória de Kelsen sobre Carl Schmitt, com a prevalência do modelo de Jurisdição Constitucional. Eles travaram durante anos um debate explícito em torno do Guardião da Constituição (Penna; Baracho Júnior, 2019), ou seja, a respeito de a qual órgão caberia a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Kelsen defendia um modelo de jurisdição constitucional de caráter jurídico, que atribui às Cortes Constitucionais a tarefa de interpretar e assegurar a supremacia da Constituição; Schmitt, a seu turno, sustentava um controle de constitucionalidade de caráter político, sob a responsabilidade do Poder Executivo. Os eventos históricos ocorridos anos após o início do debate entre os dois grandes juristas, no entanto, não deram margem para dúvidas sobre o caminho que deveria seguir a história. Como afirmam Penna e Baracho Júnior (2019, p. 327), "ao sustentar, ideológica e juridicamente, a atribuição da função de custódia da Constituição ao chefe do Executivo – o Presidente do Reich na Alemanha, Schmitt serviu como paradigma e marco teórico para a implementação do nazismo".

[12] Segundo Tom Ginsburg e Mila Versteeg, 38% dos sistemas constitucionais do mundo eram dotados de algum modelo de jurisdição constitucional em 1951, e sessenta anos depois, em 2011, 85% das constituições do mundo tinham dado às cortes a tarefa de "*supervise implementation of the constitution and to set aside legislation for constitutional incompatibility*" (Ginsburg; Versteeg, 2014, p. 2).

Essa expansão foi vista com grande otimismo pelos estudiosos do constitucionalismo. É interessante observar, em olhar retrospectivo, como as conclusões do II Colóquio de Direito Constitucional ocorrido em Sochagota, na Colômbia, em 1977, expostas por Baracho (1984, p. 12/13), evidenciam o otimismo em torno do desenvolvimento da jurisdição constitucional naquele momento. Ela seria um "contrapeso efetivo entre um Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e um Poder Legislativo, [...] cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento", e "um suposto fundamental para a preservação dos direitos humanos" (Baracho, 1984, p. 12). Para permitir que a *Justiça Constitucional* fosse "capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos", deveria ser assegurada a sua independência e, dada a complexidade de suas funções, as competências dos Tribunais ou Cortes Constitucionais deveriam ser ampliadas de forma a lhes permitir alcançar "todos os aspectos que possam determinar ofensas ou violações à ordem constitucional" (Baracho, 1984, p. 13). Naquele mesmo ano de 1977, Dieter Grimm afirmaria, como ressalta Gilmar Mendes, que a jurisdição constitucional era um "modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público" (Grimm, 2023, p. 27). Não por outra razão, o Séc. XX foi chamado pela Suprema Corte de Israel o "Século da Jurisdição Constitucional"[13]:

> O século XX é o século da jurisdição constitucional. Ele confere um significado real ao princípio da constitucionalidade, à democracia constitucional e ao equilíbrio adequado entre o governo da maioria e os direitos humanos, entre o coletivo e o individual (Israel, 1995, tradução nossa).[14]

Passou a existir, assim, uma espécie de amálgama entre jurisdição constitucional e democracia, característica do constitucionalismo democrático[15], a "ideologia vitoriosa do Século XX" (Barroso, 2018, p. 16), sustentado sobre três

[13] A afirmação está contida no voto do presidente da Suprema Corte de Israel no *Julgamento United Mizrachi Bank v. Migdal Cooperative Village*, julgado em 1995. (Israel, 1995).

[14] Texto original (em inglês): "The twentieth century is the century of judicial review. It imparts real meaning to the principle of constitutionality, to constitutional democracy and to the proper balance between majority rule and human rights, between the collective and the individual".

[15] Barroso se refere ao Constitucionalismo Democrático como uma corrente abrangente de pensamento que, em síntese, conforme por ele mesmo exposto, relaciona de forma indissociável constitucionalismo e a democracia. Deve-se recordar, no entanto, que há uma corrente teórica especificamente denominada de Constitucionalismo Democrático, de Robert Post e Reva Siegel, que serão mencionadas nesta dissertação mais adiante.

pilares: (i) supremacia da constituição; (ii) controle de constitucionalidade; e (iii) proteção dos direitos fundamentais (Barroso, 2018, p. 17)[16].

Na década de 1980, Baracho já destacava algumas particularidades do desenvolvimento da jurisdição constitucional, que ele via como "(...) uma das experiências mais promissoras do Direito Comparado" (Baracho, 1984, p. 112):

> - Superação da primitiva concepção mecanicista da separação de poderes, com a preferência pelo sistema dos *checks and balance*;
> - Difusão de estruturas constitucionais rígidas com descentralização interna, em bases federais ou regionais;
> - Aceitação do instituto da *judicial review* americano;
> - As disfunções e transformações que vem sofrendo os órgãos legislativos;
> - A crise do positivismo legalista, com a jurisdicionalização da atividade jurídica e estatal, através de novos perfis constitucionais;
> - A passagem da soberania parlamentar para a soberania da Constituição. Crise da concepção parlamentar de democracia, reforço do princípio da legalidade no Estado de Direito; o dever da legitimidade constitucional;
> - Proteção eficaz dos valores constitucionais na democracia militante; surgimento de instrumentos que consolidam e protejam a ordem estabelecida;

Essas características evidenciam uma tensão entre essa promissora experiência e as relações tradicionais decorrentes da democracia representativa e da separação de poderes. Kelsen já afirmava que um tribunal com o poder de anular as leis seria um órgão do poder legislativo[17], sob os protestos de Schmitt, para quem o

---

[16] Essas são também algumas das principais características do "neoconstitucionalismo", marcado por uma fusão de modelos: incorpora as ideias de supremacia da constituição e de um amplo controle jurisdicional de constitucionalidade de matriz estadunidense, e ao mesmo tempo, promove uma proteção ampliada de direitos fundamentais, sobretudo por meio do reconhecimento, na teoria do direito, do valor normativo dos princípios (Brandão, 2022, p. 77 e ss).

[17] Kelsen, ao defender seu modelo de Cortes Constitucionais, enfrentou diretamente essa tensão: "Costumam-se fazer certas objeções a esse sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. (...). Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para **dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição**, em patente contradição, pois, com o direito positivo. (...).

Não é muito diferente o que ocorre com a segunda objeção, decorrente do princípio da separação dos poderes. **Claro, a anulação "de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no poder legislativo", como se costuma dizer**. (...). Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. **E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.** Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo. (...). Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio, função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão "divisão dos poderes" traduz melhor que a de

controle de constitucionalidade deveria estar afeto a um órgão político, e não jurídico, uma vez que "uma decisão sobre ´constitucionalidade´ nunca é uma decisão apolítica" (Schmitt *apud* Grimm, 2023, p. 58)[18]. Por essa razão, Schmitt, em "conhecida frase, repetida em todas as publicações subsequentes" (Grimm, 2023, p. 57) alertara que a atribuição dessa atividade de caráter político ao judiciário traria "o perigo de que, em vez de uma judicialização da política, sobre[viesse] uma politização do judiciário" (Schmitt *apud* Grimm, 2023, p. 57-58)[19].

Ainda que possa ser questionável se a profecia de Schmitt de fato se realizou – ou seja, se a judicialização da política se convolou em politização do judiciário - o primeiro fenômeno parece evidenciado: o Poder Judiciário passou a concretizar políticas públicas que anteriormente eram atribuídas aos demais Poderes, em fenômeno denominado por muitos justamente como "judicialização da política" (Tate; Vallinder, 1995, p. 2 e 5).

Barroso (2018) decompõe esse fenômeno em dois: um fato e uma atitude. O fato seria a judicialização, ou seja, a constatação de que questões relevantes da vida em sociedade estão sendo decididas pelo Poder Judiciário; a atitude, por sua vez, seria o ativismo judicial[20,21], consistente em uma postura de maior propensão dos

---

separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele." (Kelsen, 2013, p. 151-152, grifos nossos).

[18] Nesse sentido, era manifesta a sua crítica à decisão do *Reichsgeritch,* de 04 de novembro de 1925, por meio da qual o tribunal "afirmou o dever do Poder Judiciário de examinar a compatibilidade constitucional das leis antes de decidir acerca de sua incidência num caso concreto" (Mendes, *in* Grimm, 2023, p. 55, nota de rodapé nº 55).

[19] Essa preocupação não era compartilhada pelos participantes do já citado II Colóquio de Direito Constitucional em Sochagota, na Colômbia, em 1977, que dentre suas conclusões, afirmou que "a ampliação das competências da Justiça Constitucional não implica a politização da justiça, desde que o caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo, assim como o resultado político deste conhecimento não irá despojá-lo do seu caráter jurídico" (Baracho, 1984, p. 13).

[20] Rodrigo Brandão (2022, p. 22) adapta para o contexto brasileiro a categorização de ativismo judicial de William Marshall, identificando as seguintes hipóteses de ativismo judicial na jurisprudência constitucional brasileira: "(i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo; (vi) pouca deferência a precedentes."

[21] Bernardo Gonçalves Fernandes apresenta os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política de forma distinta. Para Fernandes, "[a] judicialização da política (...) é contingencial, isto é, decorre da realidade sócio normativa brasileira (democracia frágil e recente), em que, muitas vezes, faz-se necessária a judicialização de questões para o resguardo de diversos direitos fundamentais e sociais...". Ao contrário da judicialização da política, o ativismo judicial "não comporta qualquer grau de guarida jurídica, constitucional ou legal, sendo caracterizado exatamente pela supressão de

juízes a efetivamente participarem da concretização dos valores constitucionais por meio da interpretação da constituição, com maior interferência no espaço dos outros poderes.

O constitucionalismo do século XX, sobretudo de sua segunda metade, tem, assim, como uma de suas marcas, a expansão das atribuições do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo, configurando uma era de expansão global do Poder Judiciário (Tate; Vallinder, 1995), realizada sobretudo por meio de reformas constitucionais (Hirschl, 2020), em fenômeno que também alcança o Brasil (Vieira, 2008).

Embora carregada de entusiasmo e defendida por muitos, há também quem desconfie da legitimidade democrática desse processo por meio do qual as decisões tipicamente submetidas às arenas majoritárias foram transferidas ao judiciário.

2.2 A tensão entre democracia e jurisdição constitucional

Como aponta Vallinder "[n]as democracias, principalmente nas suas assembleias eleitas pelo povo, a tomada de decisões baseia-se no princípio da maioria e num debate público e livre entre iguais" (Tate; Vallinder, 1995, p.13, tradução nossa).[22] Após sua afirmação, no entanto, ele nos apresenta uma indagação: "E os tribunais?"

Com essa pergunta, Vallinder aponta para aquilo que Alexander Bickel (1986) chamou de "dificuldade contramajoritária". Nimer Sultany, ao contextualizar a tensão entre constitucionalismo e democracia, coloca o problema da dificuldade contramajoritária de forma bastante objetiva:

> Enquanto a democracia, entendida como o governo de muitos, parece sugerir uma liberdade irrestrita para a vontade da maioria, o constitucionalismo parece trabalhar na direção oposta, impondo restrições a essa liberdade (Sultany, 2012, p. 382).[23]

---

argumentos jurídicos pela mera discricionariedade do julgador que substitui o direito pela moral, religião, política, etc" (Fernandes, 2022, p. 194-196).

[22] Texto original (em inglês): "[i]n democracies, primarily in their popularly elected assemblies, decision-making is based on the majority principle and a free, public debate among equals. What about the courts?"

[23] Texto original (em inglês): "While democracy, understood as the rule of the many, seems to suggest unconstrained freedom for the will of the majority, constitutionalism seems to work in the opposite direction by imposing constraints on this freedom"

A ideia de supremacia da constituição e a possibilidade do exercício de um controle da constitucionalidade das leis atribuído, em regra, ao Poder Judiciário, colocam as cortes em uma constante tensão diante dos poderes tipicamente majoritários e do princípio democrático[24], que pressupõe, em alguma medida, a representação popular nas esferas decisórias:

> Quando uma corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição (...), ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos (...). Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam (Ely, 2010, p. 8).

A pergunta, então, que precisa ser respondida pelo constitucionalismo é: a jurisdição constitucional é compatível com o regime democrático?

2.3 Algumas respostas à dificuldade contramajoritária

A relação entre jurisdição constitucional e democracia é amplamente debatida no constitucionalismo das últimas décadas (Grimm, 2023, p. 135) e assume posição central na teoria política e constitucional, sobretudo dos Estados Unidos (Sultany, 2012, p. 374).

Sultany apresenta uma tipologia das quatro principais respostas oferecidas a essa pergunta: há aqueles que (i) negam a existência de qualquer tensão, os que (ii) promovem uma reconciliação entre democracia e jurisdição constitucional, os que (iii) reconhecem a incompatibilidade, mas endossam a jurisdição constitucional, e os que, (iv) diante da incompatibilidade, renunciam à jurisdição constitucional. Sultany se refere aos dois primeiros grupos como o *discurso da unidade*, e aos outros dois como o *discurso da desunião* (Sultany, 2012, p. 377).

Na sequência, apresentaremos, com base nessa tipologia[25], os principais apontamentos de cada grupo, com o objetivo de oferecermos uma visão geral dos

---

[24] Aquela objeção que na década de 1920 fora formulada sob o signo da separação de poderes e que fez do "combate à ilegitimidade da justiça constitucional em face do princípio da separação dos poderes [...] a maior dificuldade jurídica encontrada por Kelsen" (Penna; Baracho Júnior, 2019, p. 328) passa a ser reformulada, décadas depois, como uma objeção ao princípio democrático. Ver nota de rodapé nº 17.

[25] Conrado Hübner Mendes adota uma outra forma de organização dessas teorias, distinguindo as que apresentam "inclinação por juízes e cortes constitucionais" das que apresentam "inclinação por legisladores e parlamentos". Ver o capítulo 3.2.4.1, destinado a este autor na dissertação.

principais argumentos a favor e críticos à legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional.

2.3.1 Discurso da desunião: a incompatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia

Iniciaremos nossa exposição das tipologias de Sultany pela apresentação dos argumentos centrais dos autores que afirmam a incompatibilidade entre jurisdição constitucional e democracia, reconhecendo a existência de uma tensão irreconciliável entre elas.

Seguindo essa tipologia, o grupo que forma o discurso da desunião pode ser subdividido em dois: um é formado por aqueles que veem a impossibilidade de conciliação entre jurisdição constitucional e democracia, mas ainda assim defendem a jurisdição constitucional por entendê-la justificada prudencialmente, os quais o autor denomina “endossadores”; o outro, por aqueles que, em face do conflito, pregam a dissolução da jurisdição constitucional, os “dissolvedores” (Sultany, 2012, p. 387)[26].

Embora concordem, portanto, quanto à existência de uma insuperável tensão entre jurisdição constitucional e democracia, *endossers* e *dissolvers* divergem quanto ao caminho que deve ser seguido.

2.3.1.1 Dissolvers: a rejeição da jurisdição constitucional

A posição de dissolução afirma a incompatibilidade conceitual entre democracia e jurisdição constitucional e soluciona o conflito abdicando desta (Sultany, 2012, p. 420). Sultany identifica duas principais expressões dos dissolvedores: o *procedimentalismo irrestrito (Unqualified Proceduralism)*, de Waldron, e o *populismo*, de Tushnet. Tushnet e Waldron integram um conjunto de “célebres acadêmicos de Law Schools de primeira linha” que promovem o que Dieter Grimm denomina de “nova crítica radical à jurisdição constitucional” (Grimm, 2023, p. 165).

Conforme nos apresenta Sultany (2021, p. 421), o procedimentalismo de Waldron rejeita a ideia de que as maiorias sejam limitadas por leis superiores. Nessa perspectiva, caberia aos cidadãos e aos seus representantes decidirem os conflitos sobre direitos, reconhecendo-se a supremacia legislativa em detrimento da imposição

[26] “Endossers” e “dissolvers”, no original.

judicial de direitos constitucionais. De acordo com essa perspectiva, se os próprios direitos são controversos, deve prevalecer a visão da maioria, e não a de um pequeno grupo de juízes (Sultany, 2012, p. 422).

As principais objeções de Waldron à jurisdição constitucional estão em sua publicação "*The core of the case against judicial review*" (Waldron, 2006)[27]. Ali, no entanto, fica evidenciado que, na visão desse autor, a jurisdição constitucional não deva ser descartada em qualquer circunstância: ela é inapropriada apenas em "sociedades razoavelmente democráticas nas quais o problema central não seja a disfuncionalidade de suas instituições legislativas, mas a divergência dos seus membros sobre direitos" (Waldron, 2006, p. 1406, tradução nossa).[28] A objeção à jurisdição constitucional, pressupõe, portanto, que as instituições democráticas e o sistema judicial funcionem bem e que haja um compromisso com os direitos individuais e das minorias:

> Deixe-me expor em resumo as quatro suposições que farei. Devemos imaginar uma sociedade com (1) instituições democráticas em ordem de funcionamento razoavelmente boa, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em ordem razoavelmente boa, estabelecidas em uma base não representativa para ouvir processos individuais, resolver disputas e defender o estado de direito; (3) um comprometimento por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus agentes com a ideia de direitos individuais e minoritários; e (4) desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos (ou seja, sobre o que o compromisso com direitos realmente significa e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (Waldron, 2006, p. 1360, tradução nossa).[29]

Já o populismo teria como central a ideia de que a Constituição não pertence a advogados e juízes[30], e que, portanto, a interpretação realizada por eles "não teria qualquer peso normativo especial" (Tushnet *apud* Sultany, 2012, p. 425, tradução

---

[27] O cerne do caso contra a jurisdição constitucional (tradução nossa).
[28] Texto original (em inglês): "reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights".
[29] Texto original (em inglês): "Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights".
[30] Peter Häberle, em clássico estudo sobre o tema ainda na década de 1970, expôs como a interpretação da Constituição não deve ser um processo restrito a uma sociedade fechada de intérpretes judiciais, mas "pela e para uma sociedade aberta". (Haberle, 2014, p. 27).

nossa).[31] Essa perspectiva dissolve a "distinção entre a formação judicial e não judicial do sentido da constituição" (Sultany, 2012, p. 425, tradução nossa).[32]

Tushnet pretende, portanto, como anuncia o título de sua obra[33], afastar a Constituição das cortes e devolvê-la "ao próprio povo". Essa expressão – o próprio povo - "é icônica nos Estados Unidos" (Grimm, 2023, p. 168):

> "Os *Founding Fathers* usavam-na o tempo inteiro. Thomas Jefferson afirma: "I know of no safe depository of the ultimate powers of the society but the people themselves". James Madison questiona: ´Who Are the Best Keepers of the People´s Liberties?´ e responde: ´The People themselves´. A concepção de que ´o próprio povo´ (´the people themselves´) deveria decidir não está relacionada apenas à elaboração da Constituição, atribuída ao povo por todas as Constituições democráticas, e sim também a toda atividade política sob a égide da Constituição. A reivindicação de Tushnet é esta: ´Return all constitutional decisio-making to the people, acting politically´(…)" (Grimm, 2023, p. 168-169).

Sultany identifica uma abordagem conciliatória em manifestações recentes de Tushnet, em defesa de uma forma fraca de jurisdição constitucional. Nesse modelo, seria negada às cortes a última palavra em matéria constitucional, que estaria a cargo do legislativo (Sultany, 2012, p. 411-412). Dessa forma, as duas principais referências de críticos à jurisdição constitucional apresentados por Sultany não parecem defender um sentido forte ou irrestrito de abolição da jurisdição constitucional.

2.3.1.2 Endossers: uma contradição sem solução

Enquanto os *dissolvedores* afirmam a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia e solucionam a questão rejeitando aquela, os *endossadores* reconhecem o problema e, diante da ausência de qualquer formulação teórica que tenha satisfatoriamente chegado a uma solução para essa incompatibilidade, veem como necessária uma escolha: "a escolha deles é endossar a jurisdição constitucional" (Sultany, 2012, p. 426, tradução nossa).[34] Sultany apresenta três autores como exemplos dessa posição: Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe.

---

[31] Texto original (em inglês): "no special normative weight".
[32] Texto original (em inglês): "the distinction between judicial and non-judicial formations of constitutional meaning".
[33] O título da obra é *Taking the Constitution Away from the Courts* (Tushnet, 1999).
[34] Texto original (em inglês): "[t]heir choice is to endorse judicial review".

Michelman figuraria dentre os endossadores de Sultany em razão de seus últimos escritos nos quais nega a possibilidade de qualquer reconciliação (Sultany, 2012, p. 413). Em síntese, segundo expõe Sultany, Michelman não acredita na possibilidade de consensos substantivos construídos em uma esfera pública. Ao contrário de Rawls, que confia na possibilidade de consenso sobreposto de teorias substantivas que convergem para um projeto de democracia constitucional (Sultany, 2023, p. 415), Michelman supõe um "...resíduo irredutível de divergência sobre a justificabilidade moral da coerção política"[35] o qual ele denomina de "pluralismo interpretativo razoável" (Michelman *apud* Sultany, 2012, p. 415, traduções nossas)[36]. As divergências são inevitáveis, mas Michelman aposta no constitucionalismo como capaz de resolver o problema da regressão infinita da busca pela legitimidade da decisão e da democracia (Sultany, 2012, p. 416) por uma razão pragmática: não há outra solução. É necessária, assim, a afirmação da existência "...de princípios normativos não negociáveis *a priori* que formam o entendimento do jurista sobre o regime como democrático e em conformidade com os princípios de direitos humanos"[37](Sultany, 2012, p. 417, tradução nossa).

Louis Seidman trilharia caminhos semelhantes aos de Michelman, atribuindo centralidade às divergências políticas e sobre direitos. Nessa perspectiva, as cortes deveriam abandonar a pretensão de afirmar soluções definitivas para esses desacordos em nome de princípios constitucionais neutros ou apolíticos. Haveria, nessa perspectiva, a necessidade de uma mudança de atitude dos atores jurídicos que lhes permitiria passar mensagens acolhedoras das diferenças e de provisoriedade das decisões sobre direitos (Sultany, 2012, p. 417-418).

O desacordo sobre direitos também ocupa lugar central na visão de Lawrence Tribe: para ele, seria fútil a busca pela legitimidade do constitucionalismo e da jurisdição constitucional (Sultany, 2012, p. 418). Sintetizando o abandono da busca pela compatibilização da jurisdição constitucional e a democracia e reconhecendo, assim, o caráter antidemocrático mas necessário daquela, Sultany cita a seguinte afirmação de Tribe: "[o] objetivo de um judiciário independente é ser 'antidemocrático', para preservar das maiorias transitórias os direitos humanos e outros princípios com

---

[35] Texto original (em inglês): "irreducible residue of disagreement with respect to the moral justifiability of political coercion".
[36] Texto original (em inglês): "reasonable interpretive pluralism".
[37] Texto original (em inglês): "priori non-negotiable normative principles that inform a jurist's understanding of the regime as democratic and in compliance with human rights principles".

os quais nosso sistema jurídico e político está comprometido".[38] (Tribe *apud* Sultany, 2012, p. 420, tradução nossa).

2.3.2 Discurso da unidade: entre a negação da contradição e a reconciliação

Expostas as razões principais que levam autores a afirmar a contradição entre jurisdição constitucional e democracia, passamos agora a expor os argumentos opostos: o discurso da unidade, que acredita que a união entre democracia e jurisdição constitucional pode ser defendida em "bases racionais, como um casamento conceitual harmonioso" (Sultany, 2012, p. 387, tradução nossa). [39]

Esse grupo também é subdividido em dois: os que não veem qualquer incompatibilidade, e, portanto, negam a própria tensão, justificando assim a jurisdição constitucional (os "negadores"); e aqueles que a reconhecem, mas acreditam que há uma conciliação possível (os "reconciliadores").

2.3.2.1 Deniers: a negação da contradição entre democracia e constitucionalismo

O grupo dos *deniers* não vê incompatibilidades conceituais entre democracia e constitucionalismo. A aparente tensão entre ambos decorreria de problemas conceituais ou de mal-entendidos a respeito de como essas duas ideias interagem. Sultany (2012) identifica quatro grandes linhas de argumentos entre os que negam a contradição entre democracia e constitucionalismo: incorporação, esclarecimento, evasão e descentralização[40].

Ronald Dworkin e John Rawls seriam os dois maiores exemplos da primeira linha, que pretende solucionar a questão a partir da reformulação do conceito de democracia. Esses autores não defendem a democracia como um governo da maioria: eles incorporam ao seu conceito a ideia do constitucionalismo e, assim, do compromisso democrático com a defesa das minorias. Por essa razão, Sultany denomina essa estratégia de "incorporação". Nesse sentido, a dificuldade contramajoritária deixaria de ser entendida como um problema de compatibilização entre democracia e constituição para se transformar em uma questão interna às

[38] Texto original (em inglês): "[t]he whole point of an independent judiciary is to be 'antidemocratic,' to preserve from transient majorities those human rights and other principles to which our legal and political system is committed".
[39] Texto original (em inglês): "on rational grounds as a harmonious conceptual marriage".
[40] Incorporation, Clarification, Avoidance e De-Centering, no original.

sociedades democráticas. É o que afirma Sultany em relação ao pensamento de Rawls:

> A Suprema Corte não é uma instituição antidemocrática dentro dessa concepção constitucional. Institucionalmente, ela protege "a lei superior quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria constituição." Ela é antimajoritária apenas com relação à lei ordinária. De fato, a revisão judicial é um "exemplo institucional" da ideia rawlsiana de "razão pública": Ele exemplifica as maneiras pelas quais os cidadãos devem discutir os fundamentos constitucionais por meio de canais democráticos formais. Portanto, a Suprema Corte não defende apenas a lei superior; ela torna a razão pública eficaz, desempenha um papel educativo e traz vitalidade ao fórum público. (Sultany, 2021, p. 392, tradução nossa)[41].

O mesmo ocorreria com Dworkin:

> A estratégia normativa de Dworkin é mudar os termos do debate de um nível interconceitual entre constitucionalismo e democracia para um nível intraconceitual entre concepções alternativas dentro do conceito de democracia: '*Tentarei convencê-lo a ver o argumento constitucional em termos totalmente diferentes: como um debate não sobre até que ponto a democracia deve ceder a outros valores, mas sobre o que a democracia, entendida com precisão, é*.' Assim, Dworkin contrasta uma concepção majoritária com uma concepção constitucional. (Sultany, 2021, p. 393, tradução nossa)[42].

A perspectiva de Dworkin estaria amparada tanto em argumentos normativos quanto históricos. A perspectiva histórica sustentaria que a revisão judicial foi reconhecida historicamente como uma prática democrática[43]. Assim, seria equivocado sustentar uma visão que associaria o conceito de democracia à visão majoritária[44].

---

[41] Texto original (em inglês): "The Court is not an anti-democratic institution from within this constitutional conception. Institutionally, it protects 'higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself.' It is anti-majoritarian only with respect to ordinary law. Indeed, judicial review is an 'institutional exemplar' of the Rawlsian idea of 'public reason': It exemplifies the ways in which citizens should discuss constitutional essentials through formal democratic channels. Hence, the Court does not merely defend higher law; it makes public reason effective, serves an educative role, and brings vitality to the public forum".

[42] Texto original (em inglês): "Dworkin's normative strategy is to change the terms of the debate from an inter-conceptual level between constitutionalism and democracy to an intra-conceptual level between alternative conceptions within the concept of democracy: 'I shall try to convince you to see the constitutional argument in entirely different terms: as a debate not about how far democracy should yield to other values, but about what democracy, accurately understood, really is.' Accordingly, Dworkin contrasts a majoritarian conception against a constitutional conception".

[43] Dworkin afirma que "[a] teoria constitucional em que se baseia o nosso governo [dos Estados Unidos da América] não é uma simples teoria da supremacia das maiorias" (Dworkin, 2010, p. 208).

[44] Sultany não parece estar de acordo com o argumento histórico oferecido por Dworkin que subestimaria a vertente majoritária na história dos Estados Unidos: a história demonstraria que a ideia de revisão judicial foi profundamente controversa e somente teria se consolidado efetivamente na década de 1980. Sultany não se aprofunda no ponto, mas se refere, no entanto, na Nota de Rodapé nº 104, a Larry Kramer, que sustenta "que o constitucionalismo popular foi a norma durante a maior parte

Dworkin responde àqueles[45] que recorrem ao argumento democrático para criticar a jurisdição constitucional nos seguintes termos:

> Existe um argumento bem popular em prol da política da deferência, que pode ser chamado de argumento a partir da democracia. [...]
> O argumento pressupõe que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são. Por que deveríamos aceitar essa concepção de democracia? Dizer que esse é o significado de democracia não resolve nada, pois é um erro supor que a palavra, enquanto palavra, tenha um significado tão preciso. Mesmo que tivesse, deveríamos então reformular nossa questão e perguntar por que deveríamos ter democracia, se pressupomos que é isso que ela significa. Nem é melhor dizer que essa ideia de democracia está estabelecida na Constituição dos Estados Unidos, ou tão entranhada em nossa tradição política que estamos comprometidos com ela. Não podemos afirmar que a Constituição - que não nos oferece nenhuma regra que limite a revisão judicial a casos bem definidos - estabeleça uma teoria da democracia que exclui revisões mais amplas, assim como não podemos dizer que nossos tribunais na realidade têm aceito consistentemente uma tal restrição. (Dworkin, 2010, p. 220-221).

A defesa da Constituição diante das maiorias seria, portanto, a afirmação da democracia tal como concebida pela Constituição dos Estados Unidos, o que afastaria a dificuldade contramajoritária. Por essa razão, o argumento democrático militaria não contra, mas a favor da jurisdição constitucional:

> O constitucionalismo - a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais - pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor (Dworkin, 2010, p.222-223).

Outra linha de argumentação que nega a contradição entre democracia e jurisdição constitucional é a do “esclarecimento”. Ao contrário do argumento que supera a contradição por meio da incorporação do constitucionalismo no conceito de democracia, esse argumento enxerga a contradição como decorrência de uma confusão conceitual que, uma vez desfeita, demonstraria não apenas a compatibilidade entre ambas como a dependência recíproca. Sultany apresenta como

---

da história dos Estados Unidos e que a noção de supremacia judicial não ganhou destaque até a década de 1980” (Sultany, 2012, p. 393).

[45] Ao se referir a Nixon, Dworkin faz uso de uma metonímia: ao falar em “Nixon”, ele se refere “qualquer político que defenda o conjunto de opiniões sobre a Suprema Corte que Nixon explicitou em suas campanhas políticas” (Dworkin, 2010, P. 207), ou seja, à crítica de Nixon ao ativismo judicial sobretudo da Corte de Warren, que seria um sinal de que a Corte excederia os limites de sua autoridade legítima (Dworkin, 2010, P. 206).

autores do “esclarecimento” Jurgen Habermas, Stephen Holmes, John Ferejohn, Lawrence Sager e Frederick Schauer.

Nessa perspectiva, constitucionalismo e democracia seriam interdependentes e estariam em pé de igualdade, como gêmeos inseparáveis (Sultany, 2012, p. 395). Em síntese, o argumento sustenta que o constitucionalismo não apenas não constrange a democracia, como assegura as condições necessárias à sua afirmação. A jurisdição constitucional tem, assim, o papel de assegurar as “condições para a gênese democrática das leis” (Habermas *apud* Sultany, 2012, p. 396, tradução nossa).[46]

No mesmo sentido, para Holmes, os princípios básicos do constitucionalismo aprimoram e sustentam a democracia, além de colaborar com ela de forma intergeracional, na medida em que exoneraria gerações futuras dos ônus de suportarem os avanços históricos da democracia, facilitando o progresso da sociedade (Sultany, 2012, p. 398). Com isso, o constitucionalismo mitigaria os riscos de eventual “fraqueza da vontade de curto prazo” (Schauer *apud* Sultany, 2012, p. 399, tradução nossa).[47] Além disso, argumentos de Ferejohn e Sager dariam suporte à ideia de que instrumentos típicos do constitucionalismo, como a jurisdição constitucional, os quóruns qualificados necessários às discussões legislativas de natureza constitucional, e a maior propensão à afirmação de direitos que asseguram interesses gerais (menos particularizados) fazem de compromissos constitucionais mais democráticos do que a legislação comum (Sultany, 2012, p. 399).

O terceiro argumento, o da evasão, teria como tese central a ideia de que não há qualquer déficit democrático no constitucionalismo, uma vez que os interesses majoritários em tese constrangidos pela Constituição não constituem o verdadeiro interesse do povo, que se manifestaria não pela maioria, em uma forma de democracia representativa, mas pela vontade geral:

> Dessa forma, os defensores do argumento da evasão fazem uma distinção entre o Povo, que corresponde à vontade geral de Rousseau, e as maiorias, que correspondem à vontade de todos de Rousseau. O governo sob a democracia representativa representa as maiorias e não o povo. Assim, a Corte não se opõe às determinações do Povo e, ipso facto, a "dificuldade

[46] Texto original (em inglês): “conditions for the democratic genesis of laws”.
[47] Texto original (em inglês): “short-term weakness of the will”.

> contra majoritária" não existe no nível do autogoverno democrático (Sultany, 2021, p. 400, tradução nossa)[48].

Os dois autores apresentados por Sultany como exemplificativos dessa vertente são Bruce Ackerman e Akhil Amar.

Conforme expõe Sultany, Ackerman sustenta a existência de "momentos constitucionais" (Ackerman *apud* Sultany, 2021, p. 400, tradução nossa), períodos nos quais a comunidade se mobiliza politicamente de forma singular para redefinir os valores públicos, quando de fato a soberania popular se manifesta. No geral, no entanto, haveria o exercício de uma "política normal" em que "as pessoas buscam interesses restritos" (Ackerman *apud* Sultany, 2012, p. 401, tradução nossa).[49] Não há, portanto, conflito entre jurisdição e democracia porque a última se manifesta efetivamente apenas nos momentos constitucionais, e esses momentos não estariam de fato sujeitos aos constrangimentos da jurisdição constitucional. Não há conflito, assim, porque, em síntese, em tempos normais, "há uma Suprema Corte, mas não um povo, [e] em tempos constitucionais há um povo, com uma vontade que nenhuma Suprema Corte pode obstruir"[50], de forma que "a função democrática da Suprema Corte é forçar uma conversa entre gerações" (Sultany, 2012, p. 401, tradução nossa).[51]

Amar também não veria conflito entre democracia e jurisdição constitucional porque a constituição não estaria, de fato, limitando a soberania popular, mas apenas colocando limites ao governo, que não se confunde com o povo, em razão das variadas deficiências da representatividade. Assim, se o "governo não é representativo do povo", "a revisão judicial não é contramajoritária quando limita o governo" (Sultany, 2012, p. 402, tradução nossa).[52] Além disso, o povo, democrático

---

[48] Texto original (em inglês): "Accordingly, proponents of the avoidance argument distinguish between the People, corresponding to Rousseau's general will, and majorities, corresponding to Rousseau's will of all. Government under representative democracy represents majorities rather than the People. Thus, the Court does not counter the People's determinations, and, *ipso facto*, the "countermajoritarian difficulty" does not exist at the level of democratic selfgovernment".

[49] Texto original (em inglês): "In 'normal politics,' people pursue narrow interests between constitutional moments".

[50] Texto original (em inglês): "In contrast to normal times in which there is a Court but not a People, in constitutional times there is a People, with a will no Court can Obstruct".

[51] Texto original (em inglês): "According to this theory, the Court's democratic function is to force a conversation between generations".

[52] Texto original (em inglês): "These deficiencies show that the government is not representative of the People and that, therefore, judicial review is not counter-majoritarian when it limits government".

por definição, poderia a qualquer momento modificar a Constituição, o que faria de sua existência e, portanto, de sua defesa, uma afirmação democrática.

Finalmente, a quarta estratégia de negação da contradição entre democracia e constitucionalismo seria a da "descentralização", ilustrada por argumentos de Frederick Schauer[53], Barry Friedman e Michael Klarman. Esse discurso argumenta que a Constituição e a jurisdição constitucional não ocupam o papel central que lhes é imputado pelos críticos à sua legitimidade democrática. Em outras palavras, esses autores sustentam a partir de abordagens descritivas, que as grandes decisões políticas são tomadas fora das Cortes, que não são o centro dos debates públicos sobre valores fundamentais da sociedade. Além disso, naqueles casos em que de fato esses debates são travados no fórum constitucional, a atuação contramajoritária seria a exceção[54], prevalecendo nas cortes, em regra, os entendimentos consistentes com os das maiorias populares. Portanto, haveria um exagero sobre o papel e os perigos[55] da jurisdição constitucional, e que somente uma visão romântica poderia enxergar, na Suprema Corte, o papel de "super-herói contramajoritário" (Klarman apud Sultany, 2012, p. 403, tradução nossa)[56].

2.3.2.2 Reconcilers: compatibilizando democracia e jurisdição constitucional

Sultany apresenta quatro principais discursos de reconciliação: o *procedimentalismo democrático*, que tem em John Hart Ely seu principal expoente; o *procedimentalismo republicano*, a partir de escritos de Frank Michelman[57]; o

---

[53] Frederick Schauer fora também incluído dentre os que adotam argumentos de "esclarecimento". No entanto, como Sultany esclarece em seu artigo, alguns estudiosos manifestaram posições diferentes em artigos distintos, e por isso foram incluídos em mais de um grupo (Sultany, 2021. p. 388).

[54] O artigo "Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira", de Patrícia Perrone Campos Mello, traz uma visão do tema na perspectiva brasileira. A autora sustenta que "uma observação atenta permite constatar que decisões judiciais convergentes com o entendimento prevalecente na comunidade, proferidas em sede de controle de constitucionalidade, são mais comuns do que se imagina". Mello, Patrícia Perrone Campos**.** Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. (Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 408).

[55] Esse argumento é endossado, por exemplo, por Rodrigo Brandão. Ver a esse respeito o capítulo destinado a este autor na dissertação.

[56] Texto original (em inglês): "countermajoritarian hero".

[57] Também incluído por Sultany, em razão de outros escritos, dentre os "*endorsers*". Sobre a inclusão de autores em mais de um grupo, ver nota 18.

minimalismo judicial, de Alexander Bickel e Cass Sunstein; e o *constitucionalismo popular*, de Larry Kramer e Mark Tushnet[58].

O *procedimentalismo democrático* concilia democracia com jurisdição constitucional por meio da delimitação do papel do judiciário: seu papel é o de assegurar o adequado sistema de representação política, "desbloqueando os canais de mudança política" (Ely, 2010, p. 139). O procedimentalismo defende caber à jurisdição constitucional zelar pelo procedimento que assegura a participação política, e não impor determinados valores substantivos constitucionais. O procedimentalismo se assenta na premissa de que "a Constituição está 'esmagadoramente' preocupada com a estrutura e o processo, e não com a identificação e preservação de valores fundamentais substantivos" (Sultany, 2012, p. 406, tradução nossa).[59] A decisão do caso *United States v. Carolene Products Co,* em especial os segundo e terceiro parágrafos de sua Nota de Rodapé nº 4, é a inspiração da tese. Nas palavras de Ely:

> O segundo parágrafo afirma que é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria garantir que os canais de participação e da comunicação políticas permaneçam abertos. O terceiro parágrafo assevera que a corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias, mencionando particularmente as leis 'direcionadas a' minorias religiosas, nacionais e raciais e os que têm preconceito contra elas (Ely, 2010, p. 101).

O procedimentalismo republicano compartilha com o procedimentalismo democrático a justificação da jurisdição constitucional fundada no reforço de representação (Sultany, 2012, p. 408). Ele justifica um papel de engajamento da corte na tarefa de busca pelo bem comum e do reconhecimento de uma identidade do povo por meio de uma "jurisprudência constitucional republicana, não pluralista[60], baseada em procedimentos" (Michelman *apud* Sultany, 2012, p. 408, tradução nossa)[61].

O *minimalismo*, por sua vez, defende uma forma mais fraca de jurisdição constitucional, devendo as cortes adotarem uma postura de deferência aos poderes majoritários em questões substanciais de forma a compatibilizar seu papel com a

---

[58] Também incluído por Sultany, em razão de outros escritos, dentre os "*dissolvers*". Sobre a inclusão de autores em mais de um grupo, ver nota 18.

[59] Texto original (em inglês): "the Constitution is "overwhelmingly" concerned with structure and process rather than with identifying and preserving substantive fundamental values".

[60] O pluralismo seria, para Michelman, uma "profunda desconfiança na capacidade das pessoas comunicarem persuasivamente entre si suas experiências normativas diversas (Michelman *apud* Sultany, 2012, p. 408, tradução nossa. Texto original (em inglês): "the deep mistrust of people's capacities to communicate persuasively to one another their diverse normative experiences".

[61] Texto original (em inglês): "process-based, republican-not-pluralist constitutional jurisprudence".

democracia. A corte deveria, assim, evitar decidir com base em princípios controversos ou teorizar de forma aprofundada sobre temas polêmicos, deixando essa tarefa para os espaços políticos[62].

Por fim, a última proposta teórica classificada como "reconciliadora" por Sultany é o *Constitucionalismo Popular* de Larry Kramer e Mark Tushnet. Embora Tushnet tenha também sido apresentado dentre os abolicionistas da jurisdição constitucional, Sultany identifica uma abordagem conciliatória de Tushnet em manifestações recentes, defendendo uma forma fraca de seu exercício. Essa forma fraca seria caracterizada pela ausência de "*enforcement*" e pela negação à Corte da última palavra em matéria constitucional, que estaria a cargo do legislativo (Sultany, 2012, p. 411-412). Em resumo, Sultany aponta que o constitucionalismo popular "desafia a exclusividade e a fatalidade das interpretações judiciais da Constituição, defendendo o envolvimento popular na aplicação e determinação do significado constitucional"[63]. Assim, essa teoria defende uma distribuição da autoridade criativa da interpretação constitucional (Sultany, 2012, p. 410, tradução nossa).

---

[62] A manifestação oral do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 187 é ilustrativa dessa posição: "...hoje, já é bastante pacificada a ideia de que, no prisma constitucional, a atuação do Tribunal deve cingir-se a uma postura eminentemente minimalista, quando está em jogo um desacordo moral razoável. (...) E apenas para acrescentar, Ministro Celso, à beleza, como de sempre, do seu voto, eu trago aqui essa abordagem sobre a lógica do minimalismo, a lição do professor Cass Sunstein, uma obra de Cambridge, uma obra famosa sobre o minimalismo na Suprema Corte - e é rápida a minha intervenção, onde ele expõe o seguinte: *A trilha minimalista normalmente - nem sempre, mas normalmente - faz muito sentido quando o tribunal está falando com uma questão constitucional de alta complexidade sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida em termos morais. O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver tais temas incorretamente; em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar o desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessário para decidir o caso concreto*. Então, essa lição de Cass Sunstein cai como uma luva na presente hipótese..." (Brasil, 2011, grifo do autor).

[63] Texto original (em inglês): "challenges the exclusivity and finality of judicial interpretations of the Constitution, arguing for popular involvement in enforcing and determining constitutional meaning".

3 DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: UM CAMINHO PROMISSOR PARA A CONCILIAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Diálogos Constitucionais, uma metáfora ubíqua

Algumas abordagens da tensão entre democracia e constitucionalismo que têm conquistado adeptos nas últimas décadas são aquelas chamadas, em geral, de Diálogos Constitucionais. Christipe Bateup, em estudo recorrentemente citado sobre o assunto[64], se refere aos Diálogos Constitucionais como uma "metáfora onipresente"[65], geralmente utilizada para descrever as interações entre cortes e instituições políticas relacionadas à interpretação das constituições (Bateup, 2006). Trata-se, assim, de uma referência, em sentido amplo, a uma variedade de teorias que recusam a ideia de que haja uma última palavra na interpretação das constituições, reconhecendo que os seus significados estão em constante construção, por meio de um processo dialógico entre os poderes, instituições e a sociedade[66].

Como aponta Bateup, essas teorias "proliferaram nos últimos tempos devido ao potencial que muitos veem nelas para resolver as preocupações de legitimidade democrática associadas à jurisdição constitucional" (Bateup, 2006, p. 1109, tradução nossa)[67]. Esse potencial de superação da dificuldade contramajoritária existe porque, afinal, "se os poderes políticos do governo e o povo forem capazes de responder às decisões judiciais de forma dialógica, a força da dificuldade contramajoritária é superada ou, no mínimo, fortemente atenuada" (Bateup, 2006, p. 1110, tradução nossa).[68]

Peter Hogg e Allison Bushell foram os autores que primeiro elaboraram, como resposta à dificuldade contramajoritária, uma teoria centrada no diálogo entre os

---

[64] The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue; (Bateup, 2006).

[65] Nesta dissertação nos referiremos aos Diálogos Constitucionais no sentido da "metáfora onipresente" referida por Bateup, *ubiquitous metaphor*, em sua expressão original.

[66] Embora não tenham sido especificamente citadas por Sultany como um grupo específico no estudo que tomamos como referência para expor as principais linhas de argumentação que debatem a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, os Diálogos Constitucionais são, em nossa perspectiva, teorias da unidade que procuram reconciliar democracia e jurisdição constitucional. Bateup, por exemplo, inclui o minimalismo e o constitucionalismo popular dentre as teorias do diálogo.

[67] Texto original (em inglês): "have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review".

[68] Texto original (em inglês): if the political branches of government and the people are able to respond to judicial decisions in a dialogic fashion, the force of the countermajoritarian difficulty is overcome, or at the very least, greatly attenuated".

poderes[69]. Embora reconheçam que a discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tenha sido objeto de uma avalanche de teorias (Hogg; Bushell, 1997, p. 78), eles identificam "uma ideia intrigante que foi levantada na literatura [e] parece ter sido deixada em grande parte inexplorada: [a] noção de que a jurisdição constitucional é parte de um 'diálogo' entre os juízes e as legislaturas" (Hogg; Bushell, 1997, p. 79, tradução nossa)[70].

Hogg e Bushell observaram que na maior parte dos casos em que a Suprema Corte do Canadá limitou a atuação do poder legislativo, a decisão judicial não foi a última palavra sobre a interpretação da Carta e sobre os direitos nela contidos[71]. A partir dessa constatação, os autores desenvolvem um sentido específico para a palavra *diálogos* no contexto da jurisdição constitucional, que "consiste nos casos em que uma decisão judicial que revoga uma lei com base na Carta é seguida de alguma ação por parte do órgão legislativo competente" (Hogg; Bushell, 1997, p. 82, tradução nossa)[72].

Os autores concluem o estudo afirmando que as decisões da Suprema Corte do Canadá quase sempre deixam espaço para uma resposta legislativa, e geralmente recebem alguma resposta"[73], de forma que a decisão judicial não é um veto à política, mas o início de um diálogo (Hogg; Bushell, 1997, p. 105).

Não existe, no entanto, uma única concepção sobre Diálogos Constitucionais. No estudo já mencionado, Bateup elabora uma relevante sistematização das teorias do diálogo – que inclui, inclusive, alguns dos autores já mencionados. Assim como fizemos com Sultany quanto às principais respostas à tensão entre democracia e jurisdição constitucional, faremos aqui em relação aos Diálogos Constitucionais: vamos nos valer da tipologia desenvolvida por Bateup para apresentar as principais formulações teóricas sobre o tema.

---

[69] Trata-se do artigo intitulado "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)" (Hogg; Bushell, 1997).

[70] Texto original (em inglês): "one intriguing idea that has been raised in the literature [and] seems to have been left largely unexplored: [t]hat is the notion that judicial review is part of a 'dialogue' between the judges and the legislatures".

[71] De 65 (sessenta e cinco) casos analisados nos quais houve invalidação de leis canadenses por ofensa à Charter of Rights, em 44 (quarenta e quatro) houve alguma movimentação responsiva por parte do legislativo (Hogg; Bushell, 1997, p. 80).

[72] Texto original (em inglês): "the 'dialogue' to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body".

[73] Texto original (em inglês):"the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response".

3.2 Teorias do Diálogo Constitucional

Bateup inicia sua sistematização identificando dois grandes grupos de teorias do diálogo: as teorias do método judicial, de caráter predominantemente prescritivo, e as teorias estruturais do diálogo, de caráter predominantemente descritivo. A autora promove sua exposição seguindo um percurso que parte das teorias mais normativas para as mais positivas. Observaremos, nessa exposição, o mesmo percurso da autora.

3.2.1 Teorias do Método Judicial (Theories of Judicial Method)

Sob a designação de "teorias do método judicial", Bateup acomoda propostas de caráter normativo que propõem ao judiciário técnicas de decisão que incentivam a participação dos atores não judiciais. Ela subdivide essas propostas em três grupos: a Assessoria Judicial (*Judicial Advice-giving*), as Regras Centradas no Processo (*Process Centered Rules*) e o Minimalismo Judicial (*Judicial Minimalism*).

3.2.1.1 Assessoria Judicial (Judicial Advice-giving)

As teorias que identificam os Diálogos Constitucionais como "assessoria judicial" têm como ponto central a ideia de que o Poder Judiciário, ao manifestar sua interpretação sobre a constituição, envia mensagens aos poderes políticos – notadamente ao legislativo – aconselhando sobre como estes poderes devem atuar de forma a não contrariá-la, seja após uma declaração de inconstitucionalidade, informando como o legislativo deve agir no futuro para se manter dentro dos limites constitucionais, seja antecipando-se à invalidação da lei, procurando influenciar a atuação do próprio legislativo para que esse Poder reveja as eventuais fragilidades da legislação submetidas ao judiciário.

Essas teorias teriam como ponto forte o estímulo dado aos poderes políticos a se envolverem na busca por respostas constitucionais aos desacordos enfrentados sem fragilizar a proteção dos direitos constitucionais. Por outro lado, Bateup aponta que essas formulações assumem que "os juízes possuem uma capacidade especial, ou podem ser mais confiáveis, para determinar questões de significado constitucional e para avaliar a importância de valores constitucionais específicos" (Bateup, 2006, p.

1125, tradução nossa)[74] o que, no final das contas, voltaria a esbarrar na discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, em especial sobre a razão pela qual a "voz judicial" deveria deter qualquer privilégio como gerador de sentido no debate constitucional (Bateup, 2006, p. 1125).

3.2.1.2 Regras Centradas no Processo (Process Centered Rules)

Já as teorias centradas no processo estão menos preocupadas com a influência exercida pelas cortes sobre a interpretação constitucional relativa a direitos levada a cabo pelos poderes políticos, e mais com que a constituição seja efetivamente levada em consideração pelos atores políticos na elaboração de normas e concepção de políticas públicas (Bateup, 2006, p. 1128-1131).

Há uma preocupação, portanto, com o processo deliberativo dos poderes políticos, que pode, por variadas razões – "incluindo pânico ou crise, falta de tempo ou porque o legislativo delegou certas tarefas a burocratas que não prestam contas" (Bateup, 2006, p. 1129, tradução nossa)[75], não ter dispensado a atenção necessária à Constituição nesses momentos. Dessa forma, a atuação judicial permitiria que os poderes majoritários pudessem "dar uma segunda olhada"[76] na aderência da legislação à constituição, deixando a última palavra para esses poderes.

Para Bateup, essas teorias centradas no processo amenizam as deficiências descritivas da teoria do aconselhamento e mitigam a preponderância da voz judicial em detrimento das demais. Por outro lado, elas não apresentariam fundamentos claros sobre os critérios que orientam os juízes a decidirem de forma substantiva ou a observarem critérios procedimentais. Além disso, embora teoricamente possa haver espaço para os poderes políticos modificarem suas decisões anteriores, essas alterações de entendimento seriam, na prática, bastante difíceis, ou seja, o "*second look*" seria bastante improvável (Bateup, 2006, p. 1130-1131).

---

[74] Texto original (em inglês): "judges either possess a special capacity, or can be better trusted, to determine questions of constitutional meaning and to evaluate the importance of specific constitutional values".

[75] Texto original (em inglês): "including panic or crisis, lack of time, or because the legislature has delegated certain tasks to unaccountable bureaucrats".

[76] Bateup faz aqui referência à "'*second look' doctrine*", proposta pelo Juiz Guido Calabresi (Bateup, 2006, p. 1129).

3.2.1.3 Minimalismo Judicial (Judicial Minimalism)

O Minimalismo Judicial já foi brevemente apresentado anteriormente dentre as teorias que, na tipologia de Sultany, procuram reconciliar democracia e jurisdição constitucional. A sua inclusão como uma das teorias dos diálogos, embora controversa[77], é feita por Bateup em razão de que a postura passiva recomendada pelo minimalismo tem como fundamento normativo a concessão de maior espaço à esfera política para decisão sobre temas constitucionais controversos. O maior silêncio judicial permitiria uma fala mais enfática por parte dos poderes políticos, o que seria uma forma de incentivar um maior engajamento desses poderes nas discussões sobre a constitucionalidade de suas deliberações.

Trata-se de uma teoria que mitiga a dificuldade contramajoritária ao sustentar um papel reduzido das cortes e uma postura de maior deferência às arenas majoritárias, fortalecendo o engajamento desses poderes políticos na construção dos sentidos das constituições. Por outro lado, a excessiva passividade judicial pode levar a um alto custo em termos de proteção de direitos. Por essa razão, Sunstein defende que o minimalismo é a técnica adequada apenas nos casos relativos a "questões de alta complexidade factual ou ética que estão produzindo desacordo democrático". (Sunstein *apud* Bateup, 2006, p. 1133-1134, tradução nossa).[78] Além disso, Sunstein defende também um papel institucional especializado do poder judiciário em zelar pelo regular funcionamento do processo político.

A teoria, no entanto, seria falha em justificar as razões pelas quais esse papel especial deveria ser limitado a esses casos, e a adoção do minimalismo nos casos de maior complexidade seria um obstáculo ao potencial que as funções judiciais teriam de contribuir na busca por um "consenso profundo e amplo sobre o significado constitucional" (Bateup, 2006, p. 1134, tradução nossa).[79]

3.2.2 Teorias Estruturais do Diálogo (Structural Theories of Dialogue)

[77] Conforme esclarece Bateup (2006, p. 1133): "Although Sunstein does not himself describe judicial minimalism as a theory of constitutional dialogue, the dialogic nature of the theory has been observed and supported by a number of scholars. On their understanding, techniques of judicial minimalism are a form of passive judicial participation in constitutional dialogue as they enable judges to open a dialogue with the political branches of government which serves to encourage the political resolution of constitutional issues that are the subject of disagreement".

[78] Texto original (em inglês): "involve issues of high factual or ethical complexity that are producing democratic disagreement".

[79] Texto original (em inglês): "deep and broad consensus about constitutional meaning".

As teorias estruturais veem os diálogos como reações dos poderes políticos às decisões judiciais. Ao contrário das teorias de caráter eminentemente normativo, que pecariam na leitura que fazem sobre o funcionamento real das instituições, essas teorias se fundamentam em análises preponderantemente descritivas das interações entre os poderes.

Christine Bateup identifica quatro grandes linhas de teorias estruturais do diálogo: as Teorias de Construção Coordenada; as Teorias dos Princípios Judiciais; as Teorias do Equilíbrio; e as Teorias da Parceria, para, então, propor a sua própria concepção preferencial a partir de uma fusão das duas últimas.

3.2.2.1 Teorias da Construção Coordenada (Coordinate Construction Theories)

A ideia de uma construção coordenada dos sentidos da constituição pelos distintos poderes remontaria aos federalistas (sobretudo a James Madison), e a Thomas Jefferson. Nessa primeira concepção, cada poder seria responsável por interpretar a constituição dentro de sua esfera de competência. Uma versão forte dessa teoria, no entanto, poderia levar a adoção de interpretações rivais que, se não pudessem estar submetidas ao controle de outro poder, atuariam contra o sistema de *checks and balances* que estaria na base da Constituição dos Estados Unidos. (Bateup, 2006, p. 1137).

Versões mais modernas de Construção Coordenada procuram contornar essas críticas mitigando a descentralização do poder de interpretação da constituição autorreferente e, ao mesmo tempo, ampliando a possibilidade de interpretação sobre as competências alheias. Nesse sentido, cada poder interpretaria autonomamente a constituição, mas estaria sujeito ao controle de outro poder, afastando a ideia de uma fatalidade da interpretação judicial (Bateup, 2006, p. 1138). A autoridade judicial poderia ser diretamente desafiada por meio de recusas de implementação de suas decisões até o "empacotamento"[80] das cortes, ou provocada a rever seus entendimentos por meio da aprovação de novas leis que confrontem o entendimento jurisdicional anterior (Bateup, 2006, p. 1139). Por meio das interpretações e reações

[80] Exemplo comumente utilizado para se referir ao empacotamento ("*court-packing*") é a tentativa de Franklin Roosevelt de, por meio do aumento do número de juízes da corte, modificar a sua jurisprudência. Sobre essa tentativa e outras formas de ataques institucionais à Suprema Corte. Ver Brandão, 2022, p. 286 e ss.

"todas as três instituições são capazes de expor fraquezas, controlar excessos e gradualmente forjar um consenso sobre questões constitucionais" (Fisher *apud* Bateup, 2006, p. 1139, tradução nossa)[81], implementando assim um efetivo diálogo constitucional.

Embora reconheça que as formulações mais atuais desse grupo agregam fundamentos relevantes para o debate sobre Diálogos Constitucionais, sobretudo em razão de seus aportes descritivos, Bateup (2006, p. 1142-1143) sustenta duas objeções fortes à proposta: (i) a supervalorização do aspecto competitivo das instituições com vistas à prevalência de suas interpretações tenderia a dificultar que se chegue a "respostas melhores, mais duradouras e amplamente aceitas sobre o significado constitucional" (Bateup, 2006, p. 1142)[82], que seria o objetivo final de uma teoria do diálogo baseada na construção coordenada, e a (ii) subvalorização do papel judicial na interpretação da constituição, ao não vislumbrar qualquer importância especial a ela, o que não parece encontrar sustentação empírica.

3.2.2.2 Teorias dos Princípios Judiciais (Theories of Judicial Principle)

As Teorias dos Princípios Judiciais, por sua vez, reconhecem um papel especial das cortes na interpretação da constituição.

Uma primeira vertente dessas teorias, a dos Princípios e Controles Políticos na Suprema Corte (*Principle and Political Checks on the Court*), considera as cortes como instituições mais aptas a interpretar a constituição por meio da identificação de princípios e, a partir deles, promover o diálogo constitucional[83]. Nesse sentido, "[a] Corte é uma líder de opinião" (Bickel apud Bateup, 2006, p. 1144, tradução nossa)[84]. O isolamento político e o distanciamento temporal entre a elaboração da lei e o julgamento permitiriam às cortes se debruçarem com maior racionalidade sobre os

---

[81] Texto original (em inglês): "all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional issues".
[82] Texto original (em inglês): "better, more durable and widely accepted answers about constitutional meaning".
[83] O voto do Ministro Roberto Barroso na ADO 26 parece sugerir, no caso, uma aproximação da posição a essa visão sobre o papel do STF: "3. A criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passando-os no filtro da Constituição para depurá-los dos excessos da paixão. Já a interpretação constitucional é o papel típico do STF, um exercício de razão pública. Na essência e como regra geral, a lei é um ato de vontade; a jurisdição é um ato de razão".
[84] Texto original (em inglês): "[t]he Court is a leader of opinion".

princípios em jogo, o que lhes daria essa melhor aptidão para promover uma discussão sobre eles.

Nos casos em que os outros poderes venham a entender que a interpretação judicial não foi acertada, eles poderão reagir institucionalmente. Alexander Bickel e Michael Perry são as duas referências dessa vertente que, na visão de Bateup, "assenta-se em alegações empiricamente questionáveis sobre o comportamento judicial e legislativo" (Bateup, 2006, p. 1148-1149, tradução nossa)[85] baseadas "em suposições idealizadas sobre como os juízes decidem os casos" (Bateup, 2006, p. 1148-1149, tradução nossa).[86] Além disso, a teoria apresentaria um problema interno: se as cortes são os melhores espaços para deliberação sobre princípios e sua conexão com a moralidade pública, então a ideia de que suas decisões deveriam ser provisórias e submetidas às esferas políticas é bastante fragilizada (Bateup, 2006, p. 1150).

Uma segunda vertente de teorias dos princípios judiciais, a dos Princípios e Articulação Legislativa das Políticas Públicas *(Principle and Legislative Articulation of Policy)*, desloca o diálogo do controle político sobre a decisão das cortes para o debate sobre a formulação de políticas públicas abrangentes. Essa corrente reconhece uma contribuição singular do Poder Legislativo, que acrescentaria "algo substancial para o diálogo constitucional devido à sua voz única e competência institucional comparativa em relação à formulação de políticas" (Bateup, 2006, p. 1151, tradução nossa)[87], e seria mais apto para identificar como essas políticas podem ser melhor alcançadas[88].

---

[85] Texto original (em inglês): "rests on empirically questionable claims about both judicial and legislative behavior".

[86] Texto original (em inglês): "on idealized assumptions about how judges decide cases".

[87] Texto original (em inglês): "something substantive to constitutional dialogue due to its unique voice and comparative institutional competence in relation to policy making".

[88] O voto do Ministro Fux na ADI 5337 parece indicar a adesão a essa perspectiva, embora o minimalismo de Sunstein esteja evidentemente presente: "...Antes de examinar se tais argumentos têm amparo no sistema constitucional vigente, é importante recordar que o controle judicial sobre opções regulatórias do Poder Legislativo deve atentar para as capacidades institucionais de cada um dos Poderes Constituídos. É dizer, o Poder Judiciário não pode almejar a substituição de opções legislativas e administrativas legítimas por suas próprias convicções ideológicas. Há um imperativo de humildade no exercício da função jurisdicional, condizente com o reconhecimento de que, em certas matérias, os juízes não necessariamente detêm as adequadas condições epistêmicas, políticas ou institucionais para dar a palavra final (Sunstein, Cass R. A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton University Press, 2009). Nesse sentido, Rodrigo Brandão ressalta que: 'se as políticas públicas (policies) são objetivos econômicos, políticos ou sociais da comunidade implementados através de programas de ação governamentais que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, parece natural que a capacidade institucional do Poder Legislativo confere-lhe maior aptidão para concebê-las e implementá-las.' (Brandão, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223). No

Nesse caso, o legislativo respeitaria os limites impostos pelo judiciário, mas ajustaria esses limites à necessária articulação de políticas públicas mais abrangentes. Essa proposição é associada por Bateup à escola canadense dos diálogos institucionais, sendo os já citados Hogg e Bushell dois de seus mais significativos teóricos, juntamente com Kent Roach. Essa formulação, no entanto, atribuiria uma posição subordinada e secundária do legislativo nos diálogos, que tenderia a debilitar seu engajamento nos debates constitucionais (Bateup, 2006, p. 1156).

3.2.2.3 Teorias do Equilíbrio (Equilibrium Theories)

As teorias do equilíbrio buscam nivelar os papéis dos poderes e da sociedade em termos de contribuição para a compreensão do sentido das constituições sem, no entanto, desconsiderar um papel especial para as Cortes, o que seria um avanço em relação às teorias dos princípios judiciais:

> (…) a Corte atua como o modelador e facilitador da discussão em toda a sociedade sobre valores constitucionais. Ao declarar suas próprias visões sobre o significado do texto constitucional, a Corte ativamente canaliza e promove o debate social em andamento ao sintetizar as várias, e possivelmente díspares, visões sobre o significado constitucional e ao articular esse debate em uma forma explicitamente constitucional. No processo, a Corte também medeia as visões de diferentes participantes no debate e molda os termos em que o debate futuro pode prosseguir. As decisões da Corte então facilitam o debate posterior, seja agindo como um catalisador para a discussão ao longo de linhas específicas, estimulando outras instituições a ações deliberativas ou protegendo instituições políticas para que o debate possa ocorrer mais prontamente (Bateup, 2006, p. 1158-1159, tradução nossa)[89].

Essa é a perspectiva do Constitucionalismo Popular Mediado de Barry Friedman[90]. Bateup inclui, ao seu lado, o Constitucionalismo Democrático de Post e

---

entanto, mesmo um Judiciário tendencialmente autocontido não deixará de invalidar atos de outros Poderes quando constatar que o legislador ou o administrador público agiram para além de suas balizas constitucionais".

[89] Texto original (em inglês): "…the Court acts as the shaper and facilitator of society-wide discussion about constitutional values. In declaring its own views about the meaning of the constitutional text, the Court actively channels and fosters ongoing societal debate by synthesizing the various, and possibly disparate, views about constitutional meaning and by articulating that debate in an explicitly constitutional form. In the process, the Court also mediates the views of different participants in the debate and shapes the terms in which future debate might proceed. The Court's decisions then facilitate further debate, either by acting as a catalyst for discussion along particular lines, prodding other institutions into deliberative action, or protecting political institutions so that debate can more readily occur".

[90] O voto do Ministro Roberto Barroso no MI 6825 explicita essa visão de Diálogo Constitucional: "As teorias dialógicas apresentam-se, portanto, como teorias mais adequadas na mediação entre o controle

Siegel, como outra teoria do equilíbrio. Esses autores demonstram maior preocupação com os riscos de excessos das cortes no papel de controladores da extensão dos diálogos, podendo inclusive haver um sufocamento das dimensões políticas da constituição pelas razões técnico-jurídicas (Bateup, 2006, p. 1162). Essa preocupação não é compartilhada pela própria Bateup: ainda que a Suprema Corte se considere "*the ultimate interpreter of the Constitution*" (Bateup, 2006, p. 1163), ela não controla como os atores não judiciais implementam ou respondem às suas decisões, sendo improvável que não haja reações nos debates envolvendo as questões de maior importância social. Essa preocupação estaria mais evidenciada, no entanto, justamente nas questões de menor importância para a sociedade: nesses casos, a chance de que a supremacia judicial se consolide seria maior (Bateup, 2006, p. 1163).

É sobretudo por essa razão – a improbabilidade de que questões que chamem menos a atenção da opinião pública sejam objeto de um efetivo diálogo – que as teorias do equilíbrio ainda precisariam de um aprimoramento nos seus argumentos descritivos e normativos sobre como os diálogos operam nas interações interinstitucionais[91].

3.2.2.4 Teorias da Parceria (Partnership Theories)

As teorias da parceria tratam de maneira mais consistente, na visão de Bateup, os relacionamentos interinstitucionais voltados à interpretação da constituição, na medida em que agregam aos diálogos a perspectiva de que "cada ramo do governo

judicial e o regime democrático, estabelecendo ao mesmo tempo uma visão mais fiel da realidade e um projeto mais produtivo de elaboração da decisão política final (ou provisoriamente final). De uma forma geral, as teorias do diálogo institucional ou diálogo constitucional defendem que o exercício do controle judicial de constitucionalidade está inserido em uma conversa interativa, interconectada e dialética com diversos atores políticos e com a própria população (sobre o tema ver Barry Friedman. Mediated popular constitutionalism. Michigan Law Review, 2003; Robert Justin Lipkin. Which Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. Cardozo Law Review, 2006; Neal Devis e Louis Fisher. Judicial exclusivity and political instability. Virginia Law Review, 1998; William Eskridge Jr. e Philip Frickey. Law as equilibrium. Harvard Law Review, 1994)". (MI 6825 AgR. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 11/04/2019. Publicação: 27/05/2019)".

[91] Nesse sentido, afirma Bateup que "[a]lém disso, há uma necessidade vital de um relato suplementar sobre como o diálogo constitucional ocorre, ou pode ocorrer, a nível institucional entre o poder judicial e os poderes políticos do governo, dado que é improvável que o diálogo em toda a sociedade ocorra em relação a uma série de questões constitucionais de relevância política relativamente baixa" (Bateup, 2006, p. 1168, tradução nossa). Texto original (em inglês): "Furthermore, there is a vital need for a supplemental account of how constitutional dialogue does, or can, proceed at the institutional level between the judiciary and the political branches of government, given that society-wide dialogue is unlikely to take place in relation to a range of constitutional issues of relatively low political salience".

pode aprender com as contribuições dialógicas específicas dos outros ramos em uma ordem constitucional institucionalmente diversa" (Bateup, 2006, p. 1168, tradução nossa).[92] Novamente, a referência teórica tem origem canadense, com Janet Hiebert, e tem a Carta de Direitos Canadense como pano de fundo[93].

Um primeiro argumento diferencial de Hiebert é o reconhecimento de que "nem toda legislação estará sujeita à contestação perante os tribunais" (Bateup, 2006, p. 1169, nossa tradução)[94], o que reforça o papel dos atores não judiciais na interpretação constitucional. Cada instituição agrega suas próprias perspectivas sobre a constituição a partir de suas características e responsabilidades. Nesse sentido, ainda que Hiebert rejeite o argumento de que o judiciário seja mais capaz de interpretar o sentido de direitos de uma maneira principiológica, ela reconhece que o isolamento do poder judiciário das pressões sociais e políticas lhe garante maior liberdade para identificar os excessos, intencionais ou não, que as restrições de direitos causadas por decisões políticas podem causar (Bateup, 2006, p. 1170). Por outro lado, o legislativo oferece relevantes perspectivas sobre os direitos constitucionais, sobretudo em razão de sua maior capacidade de coletar fatos e de identificar a relevância dos objetivos políticos que podem vir a restringir direitos constitucionais.

A fragilidade do modelo como uma versão consistente e abrangente do diálogo constitucional reside, na perspectiva de Bateup, na limitação dos diálogos às relações institucionais entre poderes, negligenciando as contribuições que a sociedade também pode trazer para a interpretação da constituição (Bateup, 2006, p. 1174).

3.2.2.5 Fusão Dialógica (Dialogic Fusion)

Expostas as ideias centrais das principais formulações teóricas dos diálogos constitucionais, com as críticas pontuais às deficiências de cada uma delas, Christine Bateup expõe sua própria concepção de como os diálogos podem alcançar melhor seu potencial descritivo e normativo. Para ela, isso se daria por meio de uma "fusão

---

[92] "each branch of government can learn from the specific dialogic inputs of the other branches in an institutionally diverse constitutional order".

[93] Embora crítica ao uso da expressão "diálogos" para se referir à interação entre os poderes no contexto da interpretação das Constituições, parece-nos que a perspectiva de Aileen Kavanagh, de que essa relação é notadamente colaborativa, mas sem se assemelhar a um diálogo, é um exemplo atual de uma teoria da parceria. (Kavanagh, 2023)

[94] Texto original (em inglês): "not all legislation will be subject to challenge before the courts".

dialógica" entre as teorias da parceria e as teorias do equilíbrio (Bateup, 2006, p. 1174).

Os pontos fortes de cada uma delas colaborariam justamente no aprimoramento das deficiências da outra corrente. Assim, se as teorias do equilíbrio apresentam um déficit em termos de justificação dos diálogos constitucionais nos casos que despertam menor interesse da opinião pública e das demais instituições, o que é aprimorado pelas teorias da parceria, essas últimas negligenciam a participação não institucional na construção dos sentidos da constituição, aporte relevante das teorias do equilíbrio na superação da dificuldade contramajoritária.

3.2.3 Diálogos Constitucionais na América do Sul: lições de Roberto Gargarella

O professor argentino Roberto Gargarella é um dos grandes entusiastas dos Diálogos Constitucionais como instrumento de superação da dificuldade contramajoritária e de implementação de uma democracia deliberativa.

Diálogo e democracia estão intrinsecamente associados em sua proposta teórica de uma concepção de democracia que ele denomina de "'*dialógica' o 'deliberativa'*", que tem, como principal virtude, facilitar a discussão pública e favorecer uma tomada de decisões imparciais, "isto é, decisões que não sejam indevidamente enviesadas em benefício de alguma pessoa ou grupo, mas que tratam a todos com igual consideração" (Gargarella, 2011, p. 177-178, tradução nossa)[95], fundada em um diálogo inclusivo (Gargarella, 2013, p. 5).

O professor argentino vê nessas teorias o potencial de responder à dificuldade contramajoritária sobretudo por meio da superação da ideia de que caiba ao poder judiciário a "última palavra" sobre o significativo da Constituição. Por outro lado, ele sustenta que "uma defesa adequada do constitucionalismo dialógico deve levar-nos a promover uma organização institucional diferente, capaz de deixar para trás a estrutura tradicional de freios e contrapesos" (Gargarella, 2013, p. 3, tradução nossa)[96]. Para Gargarella, a estrutura dos freios e contrapesos foi concebida a partir de uma lógica agonal, vocacionada à defesa, pelas instituições, de suas competências

[95] Texto original (em espanhol): "esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración".
[96] Texto original (em espanhol): "una defensa apropiada del constitucionalismo dialógico debe llevarnos promover una organización institucional diferente, capaz de dejar atrás la tradicional estructura de los checks and balances".

em um contexto de paz armada. Construído sobre essas premissas, a organizações dos poderes não favoreceria o diálogo (Gargarella, 2013, p. 15).

Essa seria uma das razões pelas quais tentativas de implementação de Diálogos Constitucionais estariam sendo frustradas, como, por exemplo, as audiências públicas: são boas novidades do constitucionalismo dialógico que, na prática, são "golpeadas" (Gargarella, 2013, p. 17). Nesse sentido, Gargarella cita Kent Roach para dirigir uma forte crítica à forma como os Diálogos Constitucionais vêm sendo empregados na argumentação entre instituições. Segundo ele, a metáfora do diálogo acaba sendo "invocada para justificar algumas das decisões constitucionais mais controversas nos últimos anos" (Roach *apud* Gargarella, 2013, p. 5, tradução nossa)[97].

Ao expor uma história da evolução do constitucionalismo latino-americano, o autor argentino destaca que as reformas constitucionais do século XX na América Latina reconheceram direitos humanos e sociais, em notáveis avanços. No entanto, os constituintes e reformadores "pareceram concentrar suas energias na seção dos direitos, sem levar em conta o impacto que a organização do poder tende a ter sobre aqueles mesmos direitos" (Gargarella, 2016, p. 39). Esses avanços em termos de direitos são colocados em risco em razão de se manterem "fechadas as portas da 'sala de máquinas' da Constituição: o núcleo da maquinaria democrática não é modificado" (Gargarella, 2016, p. 39).

Gargarella reconhece, assim, a necessidade de que haja uma reforma mais abrangente do sistema político de representação democrática: "a ausência de reformas políticas como as que vou sugerir poderia oferecer boas razões para anular diretamente qualquer tentativa de promover mudanças em matéria de revisão judicial" (Gargarella, 2011, p. 193, tradução nossa)[98]. De forma mais enfática, ele destaca, dentre os problemas que precisam ser corrigidos na representação legislativa, o fato de que o legislativo é um espaço elitizado, ocupado por minorias, permeável às influências econômicas e fechado para as maiorias populares (Gargarella, 2013, p. 23-24).

---

[97] Texto original (em espanhol): "la metáfora del diálogo' acaba sendo "invocada para justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas en los años recientes".

[98] Texto original (em espanhol): "la ausencia de reformas políticas como las que voy a sugerir podría dar buenas razones para anular directamente todo intento de procurar cambios en materia de revisión judicial".

Em crítica à formulação de Friedman, Gargarella afirma ser difícil chamar de democrático um diálogo no qual os participantes se encontram em situação de tamanha desigualdade, em que uma das partes "grita, reclama, escreve nos jornais e litiga… enquanto a outra simplesmente decide" (Gargarella, 2013, p. 21)[99,100].

Além desse aspecto funcional, Gargarella (2013, p. 21) também destaca que o corpo judicial é representativo de um recorte específico da sociedade, ao contrário dos litigantes, que tendem a vir de setores sociais menos elitizados. Isso pode ser problemático por uma série de razões, dentre as quais um possível distanciamento e falta de empatia em relação a determinadas minorias[101]. Ainda sobre o desequilíbrio entre os participantes do diálogo, Gargarella destaca a força da voz das cortes, que não é apenas importante no diálogo coletivo: ela molda decisivamente os pontos de vista dos demais participantes desse diálogo. Além de tudo, as cortes podem demorar em excesso para mudar de posições, deixando os grupos afetados desprotegidos ou subjugados enquanto a mudança não se realiza (Gargarella, 2013, p. 22).

Além do fator temporal, Gargarella afirma que casos nos quais o debate efetivamente ocorre, como no caso da discussão sobre aborto, são exceções: em geral, os direitos – e sobretudo as injustiças – ocorrem abaixo do radar das arenas públicas: são "injustiças invisíveis, sofridas por grupos e indivíduos cujas histórias não alcançam as arenas informais descritas na empolgante pintura apresentada por

---

[99] Texto original (em espanhol): "…una de las partes en esta conversación grita, se queja, escribe en los periódicos, y litiga…mientras que la otra simplemente decide".

[100] Gargarella cita a forma como Friedman exemplifica a ocorrência do diálogo: "La Corte dicta su decisión…Alguna gente está de acuerdo con la Corte, otros están indignados…Se escriben artículos…Se presentan nuevas demandas…El ciclo de acción crea más atención en los medios…Las personas empiezan a tomar partido…Se desata una campaña política…Los candidatos son electos…Nuevos jueces son nombrados…la Corte Suprema finalmente 'escucha' al pueblo…La Constitución es *re* interpretada, y su significado cambia" (Friedman *apud* Gargarella, 2013, p. 20).

[101] Parece haver uma inclinação do Ministro Fachin para essa visão de Diálogo Constitucional preocupada com a participação dos atores extrajudiciais e o desequilíbrio nas oportunidades de acesso e representação política: "Há, no entanto, que se ter cautela e quiçá um certo ceticismo em relação à efetividade desse diálogo, como adverte o professor de direito constitucional da Universidade Federal do Paraná, Miguel Gualano de Godoy: *'* (....) No Brasil, a falta de mecanismos de participação direta do povo na vida político-institucional do país e a falta de amplos mecanismos de controle popular sobre os representantes demonstram como a atual representação política continua distante e separada do povo. Esse arranjo institucional distante e separado de povo, ainda que fosse profundamente deliberativo e dialógico, ignora o elemento mais fundamental de um diálogo que busca dar conteúdos e limites à Constituição – o próprio povo. É um sistema institucional que se diz democrático, mas é avesso ao povo. É uma contrafação do princípio democrático e um falseamento do princípio republicano" (Godoy, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo – críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 177-179)" (ADI 7.058 MC).

Friedman sobre a justiça dialógica" (Gargarella, 2013, p. 22)[102]. Finalmente, o autor argentino relembra que "a arena democrática mostra-se severamente afetada pela influência do dinheiro na política e nos meios de comunicação" (Gargarella, 2013, p. 22)[103].

Assim, embora seja um defensor dos Diálogos Constitucionais em uma perspectiva na qual o poder judiciário desça da posição de último intérprete em favor do legislativo e da sociedade, as diversas fragilidades da democracia representativa lhe fazem vincular a mitigação da atividade de jurisdição constitucional em favor dos poderes majoritários a uma reforma desses poderes que aprimore a representatividade das minorias, sob pena de que o remédio seja pior que a doença (Gargarella, 2011, p. 205).

Nesse sentido, as considerações de Gargarella apontam para algo que parece ser menosprezado por muitos dos críticos à jurisdição constitucional: "não se podem atacar os males que afetam a justiça como se fossem independentes dos males que afetam os outros poderes, ou ignorando suas consequências — talvez negativas — sobre estes últimos, organizados como estão hoje" (Gargarella, 2013, p. 22, nota de rodapé nº 243)[104].

3.2.4 Diálogos Constitucionais no Brasil

Os Diálogos Constitucionais têm encontrado boa receptividade acadêmica no Brasil[105] e, ao que parece, também na jurisprudência do STF, sobretudo nos anos

---

[102] Texto original (em espanhol): "injusticias invisibles, sufridas por grupos e individuos cuyas historias no alcanzan las arenas informales descriptas en la excitante pintura presentada por Friedman sobre la justicia dialógica".

[103] Texto original (em espanhol): "arena democrática se advierte severamente afectada por la influencia del dinero en la política y en los medios de comunicación".

[104] Texto original (em espanhol): "no pueden atacarse los males que afectan a la justicia como si fueran independientes de los males que afectan a los otros poderes, o ignorando sus consecuencias — tal vez negativas — sobre estos últimos, organizados como lo están hoy"

[105] Diversos artigos e publicações podem ser encontradas a esse respeito. Apenas nesta instituição de ensino superior, PUC Minas, são encontradas teses e dissertações: ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A constituição fora das cortes: controle de constitucionalidade na democracia representativa. 2015. Dissertação (Mestrado). Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AndradaBJS_1.pdf; MAGALHÃES, Camila Luísa Sampaio. Diálogos interinstitucionais: a teoria de Conrado Hübner Mendes e sua aplicação na jurisprudência do STF. 2023. Dissertação (Mestrado). Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CamilaLuisaSampaioMagalhaes_30798_TextoCompleto.pdf; MENDONÇA, Tiago de Almeida. O caso funrural e o díalogo institucional na contemporaneidade brasileira. 2019. 193 p. Dissertação (Mestrado). Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MendoncaTA_1.pdf.

mais recentes[106]. Destacaremos a seguir três autores que investigam o tema e que enxergam nessas teorias o potencial de superação da tensão entre constitucionalismo e democracia: *a última palavra provisória*, de Conrado Hübner Mendes, o *diálogo prospectivo*, de Rodrigo Brandão e a *interpretação constitucional inclusiva* de Miguel Gualano Godoy.

3.2.4.1 Última Palavra Provisória: a tese de Conrado Hübner Mendes

Em sua tese de doutoramento[107], Conrado Hübner Mendes resgata a tensão entre constitucionalismo e democracia. Ele apresenta argumentos de alguns dos principais defensores da supremacia judicial e da supremacia legislativa, ou, nas suas palavras, daqueles que demonstram "inclinação por juízes e cortes constitucionais"[108] e "inclinação por legisladores e parlamentos"[109], respectivamente. Esses argumentos estão basicamente contidos na exposição que procuramos fazer, a partir da revisão de Sultany, sobre os discursos da desunião e da unidade entre jurisdição

[106] Procuramos analisar a evolução da referência aos Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF no artigo intitulado "A jurisprudência do supremo tribunal federal: entre a última palavra e os diálogos constitucionais" (De Lima Vargas; De Oliveira Baracho Junior, 2025).
[107] Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação (Mendes, 2008).
[108] Os principais postulados, cada um deles um subitem do capítulo, são os seguintes: 2.2 "A corte protege as pré-condições da democracia"; 2.3 "A corte é emissária do 'Povo' genuíno e operacionaliza o pré comprometimento"; 2.4 "A decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o 'Povo'"; 2.5 "A supremacia judicial é exigência do estado de direito"; 2.6 "A corte é um agente externo que julga com imparcialidade. O legislador não poderia julgar a si mesmo"; 2.7 "A corte é um veto inerente à dinâmica da separação de poderes"; 2.8 "A corte analisa um caso concreto, submete-o a uma racionalidade incremental e o insere dentro de sua jurisprudência"; 2.9 "A corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa"; 2.10 "A corte promove uma representação deliberativa e argumentativa"; 2.11 "A corte é instituição educativa e promove o debate público"; 2.12 "A corte integra um sistema democrático, não está à margem dele"; 2.13 "A corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas".
[109] Assim como feito em relação aos principais postulados a favor da supremacia judicial, os argumentos a favor da deferência ao legislativo são abordados cada um deles um subitem do capítulo, quais sejam: 3.1.1 "O parlamento não é a encarnação essencial da democracia, mas a conversão de uma instituição que historicamente exerceu outros propósitos"; 3.1.2 "A dinâmica representativa-eleitoral incentiva um comportamento legislativo que barateia direitos fundamentais"; 3.1.3 "A representação eleitoral não é o único tipo possível de representação. Trata-se de uma representação puramente agregativa, atomística, que pensa a política como mercado"; 3.1.4 "Restrições ao parlamento eleito não resgatam argumentos da tradição antidemocrática. Simplesmente apontam problemas que os incentivos institucionais geram no comportamento do legislador"; 3.2.1 "A regra de maioria é insensível à intensidade de preferências"; 3.2.2 "A regra de maioria não tem a racionalidade que parece. Seu resultado é arbitrário"; 3.2.3 "O mundo não é bipartido entre maioria e minoria. Preferências políticas, ademais, não são estáticas".

constitucional e democracia. Mendes então apresenta os argumentos de autores que demonstram "inclinação por ambos"[110]: as teorias dos diálogos[111].

O autor brasileiro expõe uma visão otimista sobre o potencial deliberativo aportado pelos Diálogos Constitucionais à democracia, sobretudo em razão de dois denominadores comuns a essas teorias: "a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial" (Mendes, 2008, p. 98-99).

Mendes procura enfrentar a tensão entre a necessidade de que as cortes constitucionais solucionem casos que carregam desacordos sobre a melhor interpretação da constituição e, ao mesmo tempo, não caiam na armadilha da "última palavra", introduzindo na abordagem dos Diálogos Constitucionais duas noções interessantes: as de "rodada procedimental" e de "última palavra provisória":

> Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de "rodada procedimental" e de "última palavra provisória". Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente.
> A possibilidade de recomeçar não é irrelevante para a reflexão sobre autoridade democrática. O recomeço, entretanto, implica em nova mobilização de diversos recursos necessários para movimentar a máquina institucional... (Mendes, 2008, p. 166).

Embora compartilhe com Gargarella da visão otimista sobre o potencial deliberativo das teorias dos diálogos, há uma divergência em relação à visão do professor argentino quanto ao papel que a separação de poderes desempenha. Ao contrário de Gargarella, que vê na separação dos poderes um obstáculo aos diálogos em razão de sua concepção adversarial, Mendes enxerga nela uma ferramenta de circulação de ideias (Mendes, 2008, p. 187-188)[112] que "admite (...) que a cada

---

[110] "A inclinação por ambos: diálogo sem última palavra" é o título do capítulo 4 da sua tese.
[111] Como o próprio autor afirma, ele se vale de uma abordagem similar à de Catherine Bateup, embora afirme encontrar "maior complementaridade entre teorias que ela apresenta de forma excludente" (Mendes, 2008, p. 99, nota de rodapé nº 216).
[112] "A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes" (Mendes, 2008, p. 204).

momento decida uma agência diferente" (Mendes, 2008, p. 180). Essa circulação leva a uma "interação deliberativa entre os poderes [que] tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo" (Mendes, 2008, p. 190).

Essa sua ótica confere um aspecto ético para os Diálogos Constitucionais: legislativo e judiciário são igualmente responsáveis pelo alcance das boas respostas[113], e a fronteira da separação entre os poderes se moverá de acordo com o contexto de cada desacordo. Caberá às cortes "modular intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento", e sua receita para elas é "a análise prudencial do contexto, uma ponderação caso a caso, tema por tema" (Mendes, 2008, p. 208). É curioso observar que, embora a "prudência" [114] seja o ingrediente principal, é "o bom argumento" o escudo que as protegerá dos ataques externos. O trecho abaixo apresenta uma boa síntese de seu diálogo deliberativo:

> 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", onde 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, 2008, p. 212).

3.2.4.2 Diálogos Prospectivos: a tese de Rodrigo Brandão

Os Diálogos Constitucionais também foram objeto da tese de doutoramento de Rodrigo Brandão, que deu origem ao seu livro *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais* (2022). Seu alvo é a supremacia judicial e sobretudo a ideia de que ela seria uma decorrência necessária da ideia de supremacia da constituição.

Na perspectiva da história da jurisdição constitucional, Brandão se apoia em Ackerman para desmistificar a ideia de que o julgamento do caso Marbury v. Madison

---

[113] "Sob esse prisma, não mais se procura qual poder, entre corte e parlamento, está mais bem estruturado para alcançar a melhor resposta em questões de princípio. Olho para os dois como partes de um único desenho". (Mendes, 2008, p. 210).

[114] "Do ponto de vista abstrato, não se pode dizer muito. Minha sugestão é que a corte module virtudes ativas e passivas por meio da prudência. Talvez esta seja uma fórmula ainda mais enigmática do que as recomendações de Bickel, pois este ao menos se posiciona mais claramente, salvo engano, pela autocontenção como regra geral. Aproximo-me mais de Sunstein, que permite esse tipo de modulação casuística e fornece critérios para tanto" (Mendes, 2008, p. 209).

teria afirmado, de forma indisputada, a tese da supremacia judicial[115]. Segundo eles, o contexto do julgamento do caso revelaria haver, no período, um "sofisticado diálogo em que cada instituição contribui com a lógica que lhe é própria para a construção de entendimentos constitucionais" (Brandão, 2022, p. 51), e não uma afirmação inquestionável da supremacia judicial[116].

Na perspectiva nacional, defende que não houve supremacia judicial no Brasil antes de 1988 (Brandão, 2022, p. 147). Seria somente com a Constituição de 1988 que o país começou a reunir condições propícias ao desenvolvimento dessa supremacia, sobretudo em razão do sucesso da doutrina da efetividade e do neoconstitucionalismo por aqui, com contornos excessivamente judicialistas (Brandão, 2022, p. 167-179), caracterizando um "viés juriscêntrico" tanto da jurisprudência do STF quanto do neoconstitucionalismo, enquanto corrente teórica prevalecente (Brandão, 2022, p. 211). A partir dessa constatação, o autor vislumbra "uma potencial supremacia do Judiciário – e, em particular, do STF" na interpretação da Constituição após 1988 (Brandão, 2022, p. 225).

No aspecto geral, pode-se dizer que Brandão adere às críticas democráticas à supremacia judicial[117]. Para ele, no entanto, a situação seria "menos dramática do que aparenta", uma vez que, empiricamente, a ideia de supremacia judicial não se sustentaria: seria "uma ilusão dos juristas achar que o Judiciário tem a última palavra (...) sem que [os demais poderes e sociedade] tenham a possibilidade de reverter ou mesmo de evitar decisões judiciais tidas como inaceitáveis" (Brandão, 2022, p. 277).

Em sua abordagem, essa possibilidade de resposta pode se concretizar de diversas maneiras, algumas delas democraticamente legítimas e outras não. Em

---

[115] Miguel Gualano de Godoy (2017, p. 62 e ss) também promove resgate similar a partir de estudos de Larry Kramer, mostrando que a ideia de uma submissão do povo à interpretação constitucional levada a cabo pela Suprema Corte dos Estados Unidos não era uma ideia indisputada. Pelo contrário, a partir dos casos narrados, haveria a percepção de que a supremacia judicial seria uma forma de retirar do povo sua soberania suprema, pedra fundamental do paco federal. A afirmação da supremacia judicial estaria contida efetivamente no julgamento da Suprema Corte de 1958, no caso *Cooper v. Aaron*, no qual "os nove juízes da Suprema Corte assinaram um voto no qual afirmavam que desde o caso *Marbury v. Madison* havia sido declarado o princípio básico de que a Suprema Corte é soberana na definição do significado da constituição e que tal ideia tem sido respeitada desde então pela própria Suprema Corte e por todos os demais Poderes e cidadãos" (Godoy, 2017, p. 79).

[116] Essa leitura decorreria de uma compreensão mais ampla do contexto histórico e das decisões que antecederam e sucederam a Marbury, sobretudo a combinação desse julgamento com outro ocorrido uma semana depois (o caso Stuart v. Laird). Essa análise demonstraria que havia, na realidade, "uma preponderância dos poderes políticos sobre a Suprema Corte na atribuição da palavra final sobre a controvérsia constitucional mais relevante do período pós-fundação dos EUA" (Brandão, 2022, p. 49).

[117] Rodrigo Brandão faz referência, de forma geral, aos autores já citados nessa dissertação, em especial o minimalismo de Sunstein, a crítica radical de Waldron e os constitucionalismos populares de Kramer e Tushnet, até chegar aos Diálogos Constitucionais.

síntese, seriam democraticamente legítimas[118] as reações direcionadas à alteração do entendimento do Poder Judiciário a respeito da Constituição, que poderíamos chamar de "interações com valor deliberativo"[119], e ilegítimas as respostas não direcionadas à deliberação, que se configurariam meras punições às cortes ou a seus membros[120].

Assim, se empiricamente não se pode falar em supremacia judicial, Brandão aponta uma "superioridade normativa das teorias dialógicas" (Brandão, 2022, p. 350 e ss), diante de sua aptidão para "reconhecer as falhas e as virtudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre eles em um sistema de separação de poderes contribuirá para a construção de um processo deliberativo melhor" (Brandão, 2022, p. 363). Assim como Mendes, por ele citado, e em oposição a Gargarella, Brandão não parece ver no mecanismo de freios e contrapesos um obstáculo aos diálogos; pelo contrário, em sua perspectiva esse mecanismo ampliaria a possibilidade de atuação dos interessados, na medida em que conteria o exercício arbitrário do poder estatal (Brandão, 2022, p. 363).

O autor diferencia, no entanto, a abertura do sentido da Constituição para o futuro da "última palavra sobre o sentido da Constituição para o passado, ou seja, sobre a solução de casos concretos ou sobre a validade de norma em um lapso de tempo passado" (Brandão, 2022, p. 361). Tratando-se de casos concretos submetidos ao julgamento judicial, faz-se necessária a prolação de uma decisão que dê estabilidade às relações sociais. Para o futuro, no entanto, não haveria uma supremacia judicial no Brasil, uma vez que o legislativo pode responder às decisões do STF tanto por meio de emenda constitucional, ferramenta mais apropriada para

[118] A nomeação, de acordo com as regras vigentes, de ministros que compartilham de interpretações constitucionais alinhadas às esferas majoritárias, e a superação legislativa do entendimento judicial seriam duas formas de se reagir legitimamente às decisões das cortes.

[119] O autor fala, na p. 307 da obra, a partir de exemplo extraído de diálogo constitucional entre a Suprema Corte e o Congresso do Canadá, que no caso em análise teria havido uma "interação entre estas instituições [que] apresentou valor deliberativo, tendo em vista que cada uma aprendeu com a perspectiva da outra, e a solução final se situou em um ponto intermediário em relação às soluções originais". (Brandão, 2022, p. 307).

[120] Como seriam, por exemplo, as ameaças ou concretizações de impeachments, alteração de regras de permanência na corte ou modificação do número de integrantes, restrições orçamentários e salariais, e até mesmo a mera recusa ao cumprimento de decisões judiciais.

tanto, quanto por meio de legislação ordinária[121], diante da sua não vinculação às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle abstrato[122].

Tratando especificamente da realidade do Brasil, e a partir da análise de casos concretos, Brandão afirma que a interação entre o STF e o Congresso Nacional é capaz de levar a melhores respostas sobre o sentido futuro da constituição do que cada um deles individualmente pode fazê-lo (Brandão, 2022, p. 379).

3.2.4.3 Interpretação Constitucional Inclusiva: a tese de Miguel Gualano de Godoy

Outro autor brasileiro que também se aprofundou no estudo sobre Diálogos Constitucionais em sua tese de doutoramento é Miguel Gualano de Godoy. Sua tese deu origem ao livro "Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais"[123], no qual Godoy promove uma análise crítica da ideia de supremacia judicial a partir dos aportes do Minimalismo, do Constitucionalismo Democrático e do Constitucionalismo Popular.

Sua abordagem, denominada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin de *Interpretação Constitucional Inclusiva (*Fachin *in* Godoy, 2017, p. 32*)*, mostra-se especialmente preocupada com a ampliação dos canais de efetiva participação popular na busca pelos sentidos da constituição e com os desequilíbrios entre os participantes do diálogo. A preocupação de Godoy está em sintonia com as de Gargarella, co-orientador da tese, quanto à necessidade de uma reforma da *sala de máquinas da constituição*.

Godoy afirma, a partir de Bercovici, que o entendimento da Constituição unicamente como norma jurídica ignora seu caráter político, gerando sua

---

[121] Nesse caso, a legislação ordinária gozaria de presunção relativa de inconstitucionalidade mas teria o condão de reabrir o diálogo com o STF que, caso venha a rever sua posição sobre o tema, configuraria mutação constitucional (Brandão, 2022, p. 388 e 393).

[122] Sobre o ponto o autor faz referência à previsão contida no art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999: "...as decisões de inconstitucionalidade do STF vinculam os órgãos administrativos e judiciais responsáveis pela aplicação da norma, e não o Parlamento (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999)" (Brandão, 2022, p. 395). A referência ao dispositivo legal também é feita na p. 381, Nota 984. Deve-se observar, no entanto, que a Constituição prevê, expressamente, essa ausência de vinculação, no §2º do seu art. 102, que assim dispõe: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

[123] O título da obra evidencia uma forte conexão do autor com o constitucionalismo popular, marco teórico central no desenvolvimento da tese.

“dessubstancialização”, e, com isso, acaba por deixar de lado “elementos fundamentais para a sua própria realização como a democracia” (Godoy, 2017, p. 52). Essa abordagem é fortemente influenciada pelas lições de Gargarella, a começar pela noção de democracia adotada na obra, “[...] segundo a qual todos os potencialmente afetados por uma decisão devem tomar parte no processo de discussão e decisão em pé de igualdade” (Godoy, 2017, p. 42). A preocupação com os desequilíbrios entre os participantes do diálogo e com a necessidade de uma reforma da *sala de máquinas da constituição* está na base do problema enfrentado por Godoy. Ele nos chama, assim, especial atenção para o déficit democrático também dos demais poderes, e a importância de que, ao compartilharem da tarefa de intérpretes da constituição, sejam eles também comprometidos com ela (Godoy, 2017, p. 109).

Além do esforço teórico, Godoy se debruçou empiricamente sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em casos nos quais o tribunal realizou audiências públicas e contou com a participação de *amici curiae*[124], além de apontar experiências relativas ao exercício democrático da intepretação da Constituição pelo poder executivo, por meio da exposição de experiências práticas[125].

Nessas análises, o autor enfatiza a perspectiva normativa, identificando haver no Brasil um “quadro normativo que, em princípio, favorece tanto um diálogo interinstitucional ao determinar a participação e oitiva dos responsáveis pela lei ou ato normativo, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, quanto um diálogo social, aberto ao povo, ao possibilitar a participação de órgãos ou entidades que demonstrem interesse no feito e de pessoas ou instituições que possam prestar importantes informações ao caso” (Godoy, 2017, p. 169).

Apesar disso, ele reconhece uma “inegável distância entre as instituições e seus agentes públicos e o povo em geral” em razão da “falta de mecanismos de participação direta do povo na vida político-institucional do país e a falta de amplos mecanismos de controle sobre os representantes (...)” (Godoy, 2017, p. 179).

---

[124] Em sua pesquisa o autor afirma que as audiências públicas e os *amici curiae* influenciam efetivamente as decisões do STF, com referências nos votos dos Ministros sobretudo às razões apresentadas em audiências públicas. Apesar disso, Godoy faz ressalvas a como o procedimento é conduzido, em especial à ausência de um efetivo debate de ideias, o que acaba por restringir o potencial deliberativo dessas iniciativas (Godoy, 2017, p. 200). Nesse sentido, as audiências públicas acabam se tornando mais “um espaço de complementação informativa dos Ministros do que um ambiente destinado a um debate público robusto em que as diferentes razoes e argumentos podem ser destrinçados, desafiados, ratificados ou superados ” (Godoy, 2017, p. 201).

[125] Os processos de discussão e redação da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná e do Estatuto da Pessoa com Deficiência do Estado do Paraná.

3.3 Algumas reflexões sobre os Diálogos Constitucionais

Procuramos apresentar até aqui as linhas gerais de algumas das mais conhecidas teorias dos Diálogos Constitucionais e como essas teorias procuram responder às críticas democráticas à jurisdição constitucional.

Como vimos, não há uma única teoria dos diálogos. As perspectivas mais descritivas identificam mecanismos de interação existentes entre cortes constitucionais, poderes majoritários e sociedade, o que permite que sejam feitas análises mais realistas e menos idealizadas sobre o funcionamento dessas instituições e os limites das suas capacidades, com o reconhecimento de que cada um desses participantes do diálogo constitucional pode contribuir, com o seu ponto de vista e suas qualidades, para um exercício democrático da jurisdição constitucional.

Ao mesmo tempo, as teorias passam a exigir, na perspectiva normativa, maior engajamento das instituições políticas nos debates sobre os sentidos da constituição e maior compromisso com a democracia, por meio da ampliação dos canais de participação popular, da redução das distorções decorrentes das desigualdades sociais e econômicas, e da desobstrução dos canais que impedem que as minorias políticas tenham voz nesse diálogo.

Segundo nos parece, essas diversas vertentes trazem mais complementariedades entre si do que contradições, o que permite que elas sejam aprimoradas a partir das críticas que recebem e que formulam umas às outras. Em meio a essas convergências, divergências e críticas, alguns pontos se destacam.

O mais central deles é a rejeição da ideia de que as cortes tenham a última palavra sobre o significado das constituições, afirmando, em seu lugar, a existência de um diálogo sobre ele. Dessa forma, os Diálogos Constitucionais oferecem uma boa resposta ao déficit democrático da jurisdição constitucional. Essa perspectiva pode ser vista como restritiva da autoridade das cortes (pelo menos em uma perspectiva autoritária de exercício da jurisdição constitucional), mas demonstra, por outro lado, que o papel dessas instituições não se limita ao julgamento dos casos que lhe são apresentados. Sob esse ponto de vista, os Diálogos Constitucionais engrandecem as cortes ao reconhecer, nelas, possibilidades de influência que transcendem os limites dos autos judiciais: as cortes enviam mensagens, orientam e influenciam o processo político, se colocando como agentes capazes de promover a democracia. Trata-se,

assim, do reconhecimento, pelos Diálogos Constitucionais, de uma relevante contribuição dada pelas cortes à democracia.

Outro aporte especialmente relevante que os Diálogos Constitucionais oferecem ao constitucionalismo é resgatar a ideia de que as constituições não são apenas grandes códigos de normas cujo sentido está em disputa perante as cortes: elas são legados da história, das tradições dos povos, e concretizam o esforço histórico das lutas por direitos; são forças do presente, capazes de organizar e delimitar o exercício dos poderes estatais e assegurar direitos fundamentais; e são também compromissos futuros, de transformação, que carregam expectativas e sonhos dos povos. Essa percepção fortalece o argumento de que há interpretação constitucional fora das cortes e atrai um compromisso maior dos demais poderes e instituições públicas (*a sala de máquinas da constituição*), e da sociedade de forma geral, de cuidado e respeito à constituição.

Se as cortes não têm nem a última palavra e muito menos a única palavra sobre o que dizem ou deveriam dizer as constituições, e essa tarefa é compartilhada com os demais poderes e com a sociedade, então as exigências direcionadas às cortes também devem ser dirigidas a esses outros poderes igualmente responsáveis pela afirmação cotidiana da força da constituição. Esse ponto é especialmente relevante para a sequência deste trabalho, uma vez que exploraremos justamente a participação de um terceiro, a Advocacia-Geral da União, nos Diálogos Constitucionais. Essa instituição, que nos parece ser uma engrenagem fundamental da *sala de máquinas* da nossa Constituição, passa praticamente despercebida nas obras sobre diálogos constitucionais no Brasil.

Antes de caminhar para o próximo capítulo dessa dissertação achamos relevante tecer algumas considerações sobre esse ponto.

3.3.1 The Least Examined Branch: o Poder Executivo nos Diálogos Constitucionais

Como vimos, é central às teorias dos diálogos a ideia de que as cortes constitucionais não têm, empiricamente, e não devem ter, normativamente, o monopólio ou a última palavra sobre a interpretação da constituição. No entanto, embora diversas teorias tangenciem o tema, há uma evidente preponderância das formulações que tratam da relação entre os poderes judiciário e legislativo, e, em

perspectivas mais alinhadas ao constitucionalismo popular, ao papel do povo nesse diálogo.

Conrado Hübner Mendes acredita que a pouca atenção dada ao Poder Executivo pelos estudos sobre Diálogos Constitucionais teria uma razão: “o poder executivo nunca foi considerado um candidato para a última palavra em questões de direitos fundamentais” (Mendes, 2008, p. 97, nota de rodapé nº 213).

Essa premissa pode ser questionada. Como brevemente exposto a partir da análise histórica de Rodrigo Brandão, uma novidade no nosso constitucionalismo pós 1988 é justamente um fortalecimento da supremacia judicial. Segundo esse autor, havia até então uma hipertrofia do Poder Executivo e uma atuação limitada do Poder Judiciário. Além disso, sabemos também do embate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, de forma que a defesa de uma supremacia do Poder Executivo mesmo em matéria de aplicação das constituições não pode ser desconsiderada.

Parece-nos que essa carência de estudos possa decorrer justamente da hegemonia que o pensamento de Kelsen alcançou, consolidando um modelo de jurisdição constitucional que tem, como cerne, a atividade de controle de normas, por meio da qual as cortes atuavam, sobretudo, como legislador negativo. Assim, ao exercer essa função, as cortes impõem limites à atuação do poder legislativo. Natural, portanto, que a tensão tenha sido fortemente alocada na relação entre os poderes judiciário e legislativo.

As hipóteses de Kavanagh (2023) também parecem convincentes:

> Na teoria constitucional, o papel central do Executivo tem sido há muito obscurecido. Enquanto estudiosos travam batalhas gladiatórias sobre se os tribunais ou o legislativo deveriam ocupar a posição de destaque ‘no coração da sala de controle constitucional’, eles há muito tempo têm ofuscado o papel do Executivo em qualquer arranjo constitucional. Isso levanta a questão: por que o ramo mais poderoso do governo é o ‘menos examinado’ na literatura constitucional? Há duas razões principais. Primeiro, o simples fato de que o Executivo possui energia, agência e capacidade de realizar ações o torna ‘o ramo mais perigoso’ do ponto de vista constitucional. A maior ameaça à democracia constitucional é a possibilidade de um Executivo poderoso sacudir as amarras das restrições constitucionais para instaurar um governo autoritário. Não é de admirar, portanto, que os juristas constitucionais tratem o Executivo como maligno — o vilão constitucional da história, que representa uma ameaça permanente aos princípios do constitucionalismo, um poder presumivelmente problemático que deve ser constantemente limitado e contido. A segunda razão pela qual os estudiosos constitucionais frequentemente negligenciam o Executivo é que eles têm tendência a considerar a legislação como produto acabado do poder legislativo, obscurecendo, assim, o papel central do Executivo na formulação e no

> desenho dos detalhes das propostas legislativas. Nessa perspectiva, *o Executivo é invisível*. Assim, enquanto os constitucionalistas políticos enaltecem o legislativo como o *locus* da legitimidade democrática — e os constitucionalistas jurídicos exaltam os tribunais como fórum de princípios e integridade — quase ninguém se dispõe a defender o Executivo como um ator potencialmente 'pró-constitucional' (Kavanagh, 2023, p. 126-127, tradução nossa)[126].

Qualquer que seja a causa, se, com os Diálogos Constitucionais, passamos a admitir que as cortes não detêm nem a última e nem a única palavra sobre os sentidos das constituições, ou seja, se chegamos à conclusão de que o debate constitucional tem outros atores além daqueles dois Poderes, precisamos dar mais atenção para esses outros atores. Devemos prestar mais atenção no que todos dizem.

No Brasil, que carrega um histórico de hipertrofia do Poder Executivo — inclusive em períodos democráticos, como o que se seguiu à publicação da Constituição de 1988, em que o executivo fez intenso exercício de funções legislativas, positivas ou negativas, por meio da edição de medidas provisórias ou do poder de veto sobre as leis aprovadas pelo Congresso Nacional — a recepção dessas teorias desacompanhada de uma maior reflexão sobre o papel do Poder Executivo nos Diálogos Constitucionais é uma lacuna que precisa ser preenchida com ainda maior urgência. Na mesma nota de rodapé acima colacionada, Mendes reconhece esse vácuo e a incompletude das abordagens dos Diálogos Constitucionais que não incluam a análise do papel do Poder Executivo:

> Uma abordagem integral da separação de poderes através da perspectiva dialógica requereria também a análise de como o executivo participa nesse processo. Este trabalho, porém, concentra-se numa versão incompleta de uma teoria mais ampla. Esse foco restrito à relação entre parlamentos e

[126] Texto original (em inglês): "In constitutional theory, the pivotal role of the Executive has long been obscured. Whilst scholars engage in gladiatorial battles about whether the courts or legislature should occupy pole position 'at the heart of the constitutional control room', they have long occluded the role of the Executive in any constitutional scheme. This raises the question: why is the most powerful branch of government the 'least examined branch' in constitutional scholarship? There are two main reasons. First, the very fact that the Executive possesses the energy, agency and capacity to get things done makes it 'the most dangerous branch' from a constitutional point of view. The greatest threat to constitutional democracy is the prospect of a powerful Executive shaking off the shackles of constitutional constraints to create an authoritarian government. Little wonder, then, that constitutional lawyers treat the Executive as evil – the constitutional villain of the piece which poses a standing threat to principles of constitutionalism, a presumptively problematic power which must be constantly cabined and contained. The second reason why constitutional scholars often overlook the Executive is that they tend to view legislation as the finished work-product of the legislative branch, thereby occluding the pivotal role of the Executive in devising and designing the details of legislative proposals. From this perspective, the Executive is invisible. Thus, whilst political constitutionalists eulogise the legislature as the locus of democratic legitimacy – and legal constitutionalists champion the courts as a forum of principle and integrity – hardly anyone stoops to defend the Executive as a potentially 'pro-constitutional'",

> cortes é a opção tradicional da teoria constitucional e tem uma razão de ser: o poder executivo nunca foi considerado um candidato para a última palavra em questões de direitos fundamentais (Mendes, 2008, p. 97, nota de rodapé nº 213).

Rodrigo Brandão também explicita que sua "...tese destina-se a examinar o embate entre a Suprema Corte e o Parlamento pela última palavra na interpretação constitucional, de maneira que a atuação do Executivo, nesse particular, não se insere no seu objeto" (Brandão, 2022, p. 282, nota de rodapé nº 751). Curiosamente, a sua própria tese traz informações que deveriam despertar um grande interesse pela atuação desse poder. Nesse sentido, Brandão ressalta que tanto William Eskridge quanto Jeb Barnes realizaram amplas pesquisas empíricas sobre superação legislativa de decisões da suprema corte, e ambos concluíram "que o governo federal é o ator mais bem-sucedido em promover a reversão de decisões judiciais" (Brandão, 2022, p. 323).

Esse deserto doutrinário chama a atenção no Brasil, também e especialmente, por uma outra razão: nossa Constituição prevê a existência de uma Instituição a um só tempo responsável pela representação judicial de todos os Poderes e pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, atividade especialmente vocacionada à interpretação da Constituição e da constitucionalidade das leis: a Advocacia-Geral da União (AGU)[127]. Essa carência é confirmada, por exemplo, em artigo de Guilherme Barreiro e Álvaro Cruz:

> como limitação da presente pesquisa, apontamos o foco na atuação, estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, "vício" recorrente na doutrina constitucional. Contudo, estamos conscientes de que a análise dos diálogos constitucionais deveria abraçar o exame mais detido dos demais Poderes. Portanto, para pesquisas futuras sugerimos a análise da atuação do Poder Executivo, ainda que no âmbito do sistema de Justiça, a exemplo da atuação da Advocacia-Geral da União (Barreiro; Cruz, 2021, p. 196).

Esta dissertação é, assim, um esforço no sentido acima proposto.

No próximo capítulo iremos apresentar de forma mais detalhada as razões pelas quais acreditamos que os Diálogos Constitucionais oferecem um pano de fundo interessante para promover uma (re)leitura democratizante das atribuições institucionais da AGU, e, no sentido inverso, explorar, a partir de um estudo de caso,

[127] A Constituição da República assim dispõe: "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo".

como a atuação dessa instituição pode trazer aportes relevantes para uma interpretação mais plural e democrática da própria Constituição, sob o ponto de vista daquele marco teórico.

4 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, ESSA OUTRA DESCONHECIDA

Em 1968, o então Ministro Aliomar Baleeiro, do Supremo Tribunal Federal, escreveu o livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, cujo título, autoexplicativo, apontava para a pouca expressão pública do STF naquele momento.

Passados quase sessenta anos, é desnecessário enfatizar o quanto o STF se faz presente, atualmente, nos jornais e rodas de conversas entre leigos ou juristas[128], passando a permear debates sobre os mais variados temas da vida jurídica e política do país. Essa onipresença do STF levou Oscar Vilhena Vieira a cunhar, ainda em 2008, a expressão "supremocracia" para se referir tanto "à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil" quanto "à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes" (Vieira, 2008).

É possível que Aliomar Baleeiro tenha exagerado ao se referir ao STF como um "outro desconhecido", em 1968, como também pode ser demais afirmar o mesmo em relação à AGU, em 2025, mas não nos parece exagero dizer que a AGU ainda é pouco conhecida – e estudada - pelos Diálogos Constitucionais no Brasil, como tangenciado acima.

Nas próximas seções deste capítulo iremos apresentar um breve histórico da AGU e suas principais competências para então refletirmos sobre o seu papel na *sala de máquinas* da Constituição, e sobre como os Diálogos Constitucionais colaboram para uma (re)leitura do seu papel de forma comprometida com a Constituição e a Democracia.

4.1 Antecedentes históricos e a AGU após 1988

4.1.1 Os antecedentes históricos da AGU

A Advocacia-Geral da União (AGU) foi criada pela Constituição de 1988. Seus antecedentes históricos remontam, no entanto, a um passado mais distante. Mario

[128] Como simples ilustração do ponto, a pesquisa pela expressão "Supremo Tribunal Federal" na ferramenta de busca Google realizada no dia 05 de junho de 2025, às 14 horas e 30 minutos, retornou 27.000.000 resultados. Filtrando-se a pesquisa para que aponte apenas os resultados da última semana, foram aproximadamente 343.000 resultados, 39.400 nas últimas 24 horas, e 906 na última hora.

Bernardo Sesta (2000) vê suas primeiras origens na figura dos Procuradores D´el Rey, criada em 1289 por Dom Affonso III, para exercer precipuamente a atividade de advocacia do Estado. Outros buscam essas raízes no período da Revolução de Avis (1383-1385), em Portugal, quando "ao ascender ao reino, Dom João I, o Mestre de Avis, ampara-se em uma consultoria jurídica, personificada na emblemática figura de João das Regras" (Schubsky *apud* Madureira, 2014, p. 244-245). A própria AGU identifica os primórdios da atividade de procurador e advogado do Estado "no cargo de Procurador dos Nossos Feitos, criado nas Ordenações Afonsinas", em 1446 (Guedes; Hauschild, 2009, p. 8-9).

Já no Brasil, a mais antiga referência à atividade, exercida hoje pelos membros da AGU, poderia ser identificada no cargo de Desembargador Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda[129], previsto no Regimento de 7 de março de 1609, que instalou a Relação do Estado do Brasil (Guedes; Hauschild, 2009, p. 9). Não por outra razão, o dia 7 de março é, nos termos da Lei nº 12.636, de 14 de maio de 2012, o Dia Nacional da Advocacia Pública. Esses Procuradores também exerciam a função de juízes da Coroa diante da inexistência de separação das funções executiva e judiciária no Brasil colonial, o que começa a se concretizar no período republicano.

No período republicano, até a Constituição de 1988, a defesa judicial da União esteve a cargo do Ministério Público Federal, por seus Procuradores da República. Também tem destaque nesse período a criação, em 1903, do cargo de Consultor Geral da República, para exercer a função consultiva que vinha até então sendo exercida pelo Procurador Geral da República. Distinguem-se aí duas relevantes funções típicas da Advocacia de Estado: a consultiva e a judicial. A Consultoria Geral da República se desenvolveu na década de 1950, fortalecida com a criação, em 1957, do cargo de Assistente do Consultor-Geral da República, em 1964 transformado no cargo de Assistente Jurídico. Pouco antes da Constituição de 1988, a Advocacia Consultiva da União foi organizada pelo Decreto nº 93.237, de 1986. Também merece destaque a criação, em 1909, da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, transformada em 1955 na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, um dos órgãos que hoje integra a AGU. No que se refere aos entes descentralizados, nas décadas de 1930 e 1940 foram criadas autarquias para o exercício descentralizado de

[129] No período imperial esse cargo sofre mudanças de denominação: Procurador dos Feitos da Coroa e Soberania Nacional, Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, e Defensor Judicial da Coroa, da Fazenda e dos seus bens e direitos (Guedes; Hauschild, 2009, p. 9).

atividades típicas da Administração Pública, dotadas de corpo jurídico próprio responsável tanto pelas atividades de consultoria quanto de atuação judicial.

Esse cenário foi profundamente modificado a partir da Constituição de 1988 e da publicação da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que efetivamente instituiu a AGU e especificou suas atribuições.

4.1.2 A Constituição de 1988 e as Funções Essenciais à Justiça

A Constituição de 1988 promoveu grandes transformações na organização da representação judicial e consultiva da União. Ao criar a AGU, a Constituição retirou do Ministério Público a representação judicial da União, encerrando o "bifrontismo" (Ramos, 2014, p. 13) imposto aos Procuradores da República, que acumulavam as funções de tutela dos interesses da sociedade e dos interesses da União. A Constituição também extinguiu a Consultoria Geral da República, atribuindo à AGU a representação judicial e extrajudicial de todos os Poderes, e a consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Mais ainda, a Constituição inovou ao tratar das *funções essenciais à justiça* separadamente dos três poderes. Seu Título IV, intitulado *Da Organização dos Poderes,* é dividido em quatro capítulos dedicados, respectivamente, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário, e às Funções Essenciais à Justiça. Rommel Macedo (2008) acolhe a doutrina de Moreira Neto para afirmar que as funções essenciais à justiça são, genericamente, funções de advocacia, privada e pública, sendo esta última subdividida em *advocacia da sociedade*, exercida pelo Ministério Público, *advocacia dos necessitados*, pela Defensoria Pública, e *advocacia do Estado*, pela Advocacia Pública, que, no âmbito federal, é exercida pela AGU.

A localização apartada dessas funções indica um grau de imparcialidade e autonomia[130] dessas instituições[131] em relação aos poderes para assegurar o melhor

[130] "A Constituição Federal, embora não tenha contemplado as instituições essenciais à justiça como um quarto poder, dotou-as de garantias e de prerrogativas que terminam por lhes conferir um maior ou menor grau de autonomia em relação aos três poderes da República a depender da instituição, permitindo suas atuações independentes dos interesses imediatos do Governo" (Guedes; Hauschild, 2009, p. 82).

[131] Outra característica constitucionalmente interessante da AGU é sua designação como "instituição", assim como as demais funções essenciais à justiça. Sobre o ponto, afirmou Macedo (2008, p. 44): "Segundo Hauriou, 'instituição' é todo elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados, de modo que, por mais que o legislador ou qualquer outra pessoa tente destrui-la, tal esforço estará infrutífero".

desempenho de suas atividades: a missão delas é, em sentido amplo, defender interesses públicos e privados, individuais e coletivos, essenciais ao regime democrático brasileiro, e fiscalizar a ação dos poderes constitucionalmente estabelecidos (Guedes; Hauschild, 2009, p. 56). A essencialidade à realização da justiça, valor supremo da nossa Constituição, faz dessas instituições indispensáveis à realização desse valor. Por essa razão, a AGU, assim como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia, "não poderiam deixar de existir porque a ausência representaria a própria negação do Estado Democrático de Direito" (Guedes; Hauschild, 2009, p. 83).

4.1.3 As principais atribuições da AGU

Chama a atenção no desenho conferido à AGU pela Constituição de 1988, inicialmente, o fato já destacado de que a AGU não foi inserida dentro da organização de qualquer dos três poderes. Ela está prevista na Seção II[132] do Capítulo IV do Título IV da Constituição. Portanto, assim como fez em relação ao Ministério Público (Seção I), à Defensoria Pública (Seção III) e à Advocacia (Seção IV), o Constituinte de 1988 não localizou a AGU dentro da organização dos três poderes, concedendo-lhe, ao lado desses outros entes, uma posição singular. Além das razões já expostas acima, essa localização constitucional distinta dos demais poderes tem uma outra razão:

> Teve o legislador constituinte o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um 'quarto poder', mas para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que a representação judicial e extrajudicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Também deixou claro que a Advocacia-Geral da União ficaria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo" (Ramos, 2014, p. 35).

Essas atribuições lhe são conferidas pelo art. 131 da Constituição, que assim dispõe:

> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua

[132] Até a Emenda Constitucional nº 80, de 2014, o nome dessa Seção era "DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO", passando então a ser denominada "DA ADVOCACIA PÚBLICA", uma vez que a Seção também continha previsões relativas às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.

> organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
> (...)
> § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Suas principais atividades são as seguintes:

a) Representação judicial da União e de suas entidades descentralizadas: a AGU representa a União – e, portanto, os três poderes e as funções essenciais à justiça – e suas entidades descentralizadas (autarquias e fundações públicas federais) junto ao Poder Judiciário, sobretudo perante as Justiças Federal, Trabalhista e Estadual, em todas as instâncias, inclusive junto aos Tribunais Superiores e ao STF.
b) Representação extrajudicial da União e de suas entidades descentralizadas: da mesma forma que ocorre com a representação judicial, a representação extrajudicial da AGU alcança aquelas mesmas entidades, para os atos que exigem a atuação de órgão jurídico, como a celebração de acordos, Termos de Ajustamento de Condutas e afins, e atuação perante Tribunais de Contas e órgãos de controle.
c) Representação judicial de agentes públicos: a representação judicial de agentes públicos pela AGU está prevista na Lei nº 9.028, de 1995[133], e aplica-se nos casos em que esses agentes forem vítimas de crime ou estejam respondendo por atos praticados no exercício de suas atribuições, no interesse público. Admite-se que, sendo o ato praticado legal, deve a AGU defender também a autoridade que o praticou, mas “se no curso do processo judicial ficar demonstrada a ilegalidade do ato ou a inexistência de interesse público (...) caberá à AGU resguardar o interesse público,

[133] Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

inclusive revogando a autorização de representação judicial anteriormente deferida" (Brasil, 2019).

d) Representação extrajudicial de agentes públicos: além de estar diretamente relacionada com a atividade consultiva e de assessoramento jurídico, a representação extrajudicial de agentes públicos (Brasil, 2020) também é consistente com a atuação preventiva da AGU e a defesa do interesse público. A Lei nº 13.327, de 2016, atribui aos membros da AGU a competência para atuarem na defesa de dirigentes e servidores por atos que tenham sido praticados no exercício regular das atribuições institucionais.

e) Consultoria Jurídica do Poder Executivo e de suas entidades descentralizadas: diversamente do que ocorre em relação às atividades de representação judicial e extrajudicial, o exercício da atividade de Consultoria Jurídica pela AGU alcança apenas o Poder Executivo Federal. A atividade de consultoria, de caráter formal[134], consiste na análise da legalidade, em sentido amplo, dos atos que serão praticados pelas autoridades consulentes, assumindo relevante função de prevenir a ocorrência de ilegalidades ou controvérsias jurídicas que venham a impactar negativamente na implementação de políticas públicas.

f) Assessoramento Jurídico do Poder Executivo e de suas entidades descentralizadas: à semelhança do que ocorre com a atividade de consultoria, o assessoramento jurídico prestado pela AGU é direcionado ao Poder Executivo, distinguindo-se daquela em razão de sua menor formalidade[135].

g) Apuração, inscrição em dívida e cobrança dos créditos da União e de suas entidades descentralizadas: cabe à AGU a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União e de seus entes, e sua inscrição para fins de cobrança, judicial ou extrajudicial, além da consultoria jurídica,

[134] No caso da AGU, essas consultas devem ser encaminhadas devem estar contidas em um processo administrativo e a há norma disciplinando inclusive a forma pela qual a resposta deve ser materializada. São sobretudo os atos relacionados a contratações públicas, nas quais, previamente à prática do ato administrativo, é exigida por lei a análise jurídica, caso de minutas de editais de licitação, de contratos, de convênios, de termos de ajustamento de conduta etc. Vide a esse respeito a Portaria AGU nº 1.399, de 2009, e as Portarias nº 526, de 2013 e nº 261, de 2017, da Procuradoria-Geral Federal.

[135] Como a participação em reuniões, troca de mensagens eletrônicas, telefonemas etc.

assessoramento jurídico, e representação judicial e extrajudicial relacionadas a essas atividades.

Essas atividades são exercidas tendo como principais objetivos (i) assegurar que as autoridades concebam políticas públicas juridicamente conformes, (ii) defender essas políticas públicas e atos administrativos quando estes vierem a ser questionados judicial ou extrajudicialmente, (iii) prevenir controvérsias tanto internas à Administração Pública quanto externas, (iv) zelar pela defesa e recuperação dos recursos públicos, e (v) atuar como curadora da constitucionalidade das leis nas ações diretas. Essas competências são detalhadas na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que Institui a Lei Orgânica da AGU.

Dentre essas atribuições previstas na Lei Complementar destacamos as seguintes:

> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:
> (...)
> IV - defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação;
> (...)
> VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;
> VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes;
> VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração;
> IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público;
> X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;
> XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;
> (...) (Brasil, 1993).

As atribuições destacadas acima são especialmente relevantes para esta pesquisa por se relacionarem, como procuraremos expor a seguir, com muitas das preocupações ou objeções de caráter democrático que estão na raiz das pesquisas sobre Diálogos Constitucionais.

4.2 A AGU e os Diálogos Constitucionais

Como vimos, a expressão “Diálogos Constitucionais” é geralmente utilizada para descrever as interações entre cortes e instituições políticas relacionadas

especialmente às reações dessas instituições à pretensão, inerente à ideia de supremacia judicial, de que as cortes têm a última palavra sobre o sentido das constituições.

Essa ideia, como vimos, carrega uma objeção de caráter democrático: por qual razão alguns juízes não eleitos podem dizer às lideranças eleitas democraticamente que elas não podem legislar de determinada maneira? Hogg e Bushell, autores reconhecidos como alguns dos principais responsáveis pelo desenvolvimento da ideia dos Diálogos Constitucionais, focaram seus estudos na análise dos casos em que as decisões da Suprema Corte do Canadá, no exercício da jurisdição constitucional, tiveram, de alguma maneira, sequência no parlamento. Seu foco estava fortemente orientado para a ideia de que, se o Parlamento pode de alguma maneira reagir às decisões da Corte, então o argumento de que jurisdição constitucional tem um caráter antidemocrático estaria fortemente mitigada.

O desenvolvimento de outras abordagens sobre as relações entre cortes e parlamentos, tanto de caráter empírico como normativo, trouxe novos aportes ao constitucionalismo e ao papel que essas instituições devem desempenhar ou de fato desempenham no exercício de suas funções constitucionais. Na nossa percepção, já presente no impulso inicial desta pesquisa, esses aportes são especialmente úteis para uma abordagem sobre o papel que a AGU exerce (ou poderia ou deveria exercer) em meio às interações entre os Poderes.

Como indicamos acima, esse papel não vem recebendo a atenção devida nos estudos sobre Diálogos Constitucionais no Brasil. Nesse sentido, parece-nos haver um vasto horizonte de possibilidades a ser explorado, no âmbito desse marco teórico, sobre a atuação da AGU.

4.2.1 Teorias do Método e a atuação da AGU

A primeira vertente dos Diálogos Constitucionais apresentada por Christine Bateup no trabalho utilizado como referência desta dissertação já ilustra como uma pesquisa sobre a atuação da AGU sob a perspectiva dos Diálogos é promissora.

A abordagem dos Diálogos Constitucionais como *assessoria judicial* salienta a importância das mensagens enviadas pelo judiciário aos poderes políticos, em especial ao legislativo, como forma de colaborar para saídas democráticas para os

dilemas constitucionais. Como expusemos anteriormente, a ideia central dessa corrente é a de que as Cortes, ao exercerem a jurisdição constitucional, devem aconselhar o parlamento sobre como agir para evitar a invalidação de uma lei ou para corrigir a legislação no futuro. Transportando essa ideia geral para a realidade brasileira, parece bastante evidente a sua conexão com as atribuições da AGU, que tem por missão constitucional assessorar juridicamente o Poder Executivo na implementação de políticas públicas e na edição de Medidas Provisórias, dentre outras. Ou seja, se as Cortes têm, deveriam ter ou efetivamente exercem uma função de assessoria judicial, conforme defende essa corrente, parece-nos bastante evidente que a AGU de fato tem, empírica e normativamente, o papel de aconselhar juridicamente o Presidente da República e o Poder Executivo de forma geral.

A proposição das *regras centradas no processo* enfatiza a preocupação com a qualidade das deliberações dos poderes políticos relacionadas à observância das constituições, e também pode ser apropriada para uma análise das funções da AGU. A AGU orienta o chefe do Poder Executivo quanto à necessidade de vetar dispositivos aprovados pelo Congresso Nacional em razão de sua inconstitucionalidade. Assim, observando que não houve a adequada apreciação de dispositivos constitucionais, a AGU pode orientar o Poder Executivo a dar ao congresso (pelo veto, por medida provisória ou projeto de lei) nova oportunidade de apreciar a proposta legislativa, chamando-lhe a atenção para a questão constitucional apontada. Além disso, a AGU atua junto ao Poder Executivo na análise quanto ao cabimento do ajuizamento de ações diretas perante o STF, podendo, dessa forma, também participar dos diálogos com vistas a assegurar que a Constituição seja devidamente considerada pelo legislativo no exercício de sua função típica. Essas duas atividades têm conexão clara com o objeto de estudo dos Diálogos Constitucionais[136].

O *Minimalismo Judicial* também oferece possibilidades interessantes para a análise do papel da AGU na interação entre os poderes. Afinal, se as Cortes falam

[136] Um exemplo bastante atual dessa interação é a atuação da AGU decorrente da aprovação, pelo Congresso Nacional, da desoneração de contribuições previdenciárias que, na perspectiva levada ao STF pela AGU, negligenciou as exigências constitucionais de equilíbrio fiscal. Sobre a repercussão do tema, vide: *AGU recorre ao STF para derrubar desoneração de setores e municípios*, disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-04/agu-recorre-ao-stf-para-derrubar-desoneracao-de-setores-e-municipios; *Pacheco diz que ação do governo federal sobre desoneração foi um erro*, disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2024-04/pacheco-diz-que-acao-do-governo-federal-sobre-desoneracao-foi-um-erro; *Desoneração da folha: AGU pede para Zanin suspender efeitos da liminar por 60 dias*, disponível em https://www.jota.info/tributos/desoneracao-da-folha-agu-pede-para-zanin-suspender-efeitos-da-liminar-por-60-dias.

menos para dar mais espaço aos poderes majoritários, a atribuição da AGU de orientar o Poder Executivo na construção de soluções jurídicas consistentes nos casos em que a Corte tenha agido com autocontenção é ainda mais relevante. É possível identificar na jurisprudência do STF casos em que a Corte adota uma postura de maior deferência às opções adotadas pelos poderes majoritários porque "os juízes não necessariamente detêm as adequadas condições epistêmicas, políticas ou institucionais para dar a palavra final" (Brasil, 2021)[137] . Nesses casos, no entanto, "mesmo um Judiciário tendencialmente autocontido não deixará de invalidar atos de outros Poderes quando constatar que o legislador ou o administrador público agiram para além de suas balizas constitucionais..." (Brasil, 2021). Pela Constituição da República, quem tem a função precípua de orientar o administrador público quanto aos limites "de suas balizas constitucionais" é a AGU. Em uma leitura a partir do Minimalismo, a importância da interpretação das decisões tomadas pelas cortes e das atividades de consultoria e assessoria jurídicas prestadas pela AGU se sobressaem, tanto para auxiliar o Poder Executivo a perceber os espaços de silêncio quanto para vocalizar a sua própria opinião, política e juridicamente informada, sobre o tema controverso.

4.2.2 Teorias Estruturais do Diálogo e a atuação da AGU

Os aportes das abordagens mais descritivas, que Bateup denomina *de teorias estruturais do Diálogo*, também oferecem subsídios interessantes para uma possível agenda de estudos direcionada à (re)leitura das atividades desenvolvidas pela AGU.

As *teorias da construção coordenada*, por exemplo, destacam a aptidão de que dispõe cada poder para interpretar as constituições. Na realidade brasileira, compete à AGU fixar a interpretação da Constituição a ser seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal[138]. Sob essa perspectiva, o papel da AGU como intérprete constitucional é bastante evidente.

Também as *teorias dos princípios judiciais,* que ora enfatizam as vantagens institucionais das cortes na interpretação principiológica da Constituição, ora apontam para as melhores capacidades das instituições majoritárias, oferecem um ponto de

[137] Ver nota 88.
[138] Especialmente em conformidade com o disposto nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993, já citados anteriormente.

vista interessante sobre como a AGU está especialmente bem-posicionada para exercer uma participação relevante nos Diálogos Constitucionais. A AGU possui capacidades institucionais que lhe permitem articular essas duas perspectivas. No primeiro caso, em razão da capacidade de falar em uma linguagem principiológica e, eventualmente, com algum nível de distanciamento dos conflitos que podem ter permeado determinada decisão política, inclusive temporal. No segundo caso, em razão da prerrogativa de que dispõe a AGU de requisitar, diretamente junto aos órgãos técnicos do Poder Executivo, inclusive de suas agências reguladoras e demais entidades, informações técnicas – além, evidentemente, da proximidade decorrente da sua própria função consultiva, de forma geral. Isso permite que a AGU agregue à sua vocação para interpretar a Constituição de forma principiológica a capacidade de identificar como as políticas públicas podem ser melhor concebidas e mais efetivas. Em outras palavras, a AGU está especialmente bem-posicionada para promover uma interpretação constitucional fundada na aplicação dos princípios durante a concepção de políticas públicos, ou seja, ela está situada naquele espaço em que princípios constitucionais e políticas públicas se encontram[139].

Também por essa posição institucional privilegiada, a AGU pode observar se o Poder Executivo atendeu a critérios democráticos durante a concepção das políticas públicas, notadamente se os mais diretamente impactados pelas decisões judiciais tiveram a voz necessária nesses procedimentos. Nesse sentido, já destacamos haver no Brasil um quadro normativo que favorece tanto o diálogo interinstitucional quanto um diálogo social, mas, empiricamente, em razão da ausência "de mecanismos de participação direta do povo na vida político-institucional do país e a falta de amplos mecanismos de controle sobre os representantes (...)" (Godoy, 2017, p. 179), o que ocorre é um distanciamento entre instituições, seus agentes e a sociedade. Nesse sentido, a AGU atua – ou poderia ou deveria atuar - diretamente na mediação entre o controle judicial e o regime democrático, em inegável sintonia com proposições das *teorias do equilíbrio*. Além disso, a AGU é, como vimos, a representante da União em juízo, ou seja, ela é a voz dos três poderes em um processo contencioso. Essa posição lhe confere uma grande responsabilidade no respeito à separação dos poderes e, em última análise, na observância das exigências de atuação democrática no exercício de suas funções.

[139] Ou, como afirma Kavanagh (2023, p. 135), "…the Law Officers provide a vital bridge and channel of communication between the three branches of government at the point where law and politics meet".

Se as teorias do equilíbrio apresentam diversas oportunidades de aplicação teórica das premissas dos Diálogos Constitucionais ao funcionamento da AGU, com ainda maior razão o fazem as *teorias da parceria*. Esse grupo aporta insights relevantes para uma análise sobre o papel da AGU como intérprete da Constituição: como elas bem apontam, apenas uma parcela pequena dentre as incontáveis possíveis controvérsias constitucionais chega às cortes e é por elas decidida. Em regra, é o Poder Executivo quem regulamenta como serão efetivamente implementadas as políticas públicas, a partir de normas gerais e abstratas aprovadas pelo legislativo, e, assim, estabelece como serão efetivamente aplicadas as leis do país, em conformidade com a Constituição[140]. Ao fazê-lo, é o Executivo quem primeiro se depara com as dificuldades de implementação que potencialmente podem alcançar qualquer política pública, por razões econômicas, ambientais, políticas ou de qualquer outra ordem, o que faz das atribuições típicas da consultoria e do assessoramento jurídicos prestados pela AGU[141] especialmente relevantes na efetividade da Constituição.

Portanto, os Diálogos Constitucionais oferecem um vasto instrumental para analisar e compreender o papel da AGU em meio a essas interações interinstitucionais.

Há, no entanto, um ponto em que a atuação da AGU parece especialmente interessante sob a perspectiva dos Diálogos Constitucionais: as situações em que ela interpreta as decisões do STF nas quais a Corte decide, *definitivamente*, sobre a aplicação de normas constitucionais, orientando o Poder Executivo sobre como implementar essa decisão. Essa foi, dentre as diversas possiblidades acima levantadas que poderiam ser objeto de estudos mais aprofundados sobre a atuação

---

[140] Aileen Kavanagh ressalta esses pontos em sua Constituição Colaborativa. O trecho a seguir é especialmente pertinente ao ponto: “Starting with the political branches also has the advantage of following the constitutional chronology on the ground. After all, when courts adjudicate whether a legislative provision violates rights, they enter the picture after the legislation has been proposed, scrutinised, debated and enacted by the Executive and legislature acting in concert. Therefore, in terms of defining and defending rights, the Executive and legislature are typically the ‘first movers’ in the collaborative enterprise of protecting and promoting rights. Indeed, given that the vast majority of legislation is never litigated before the courts, it follows that, most of the time, the political branches not only get the first word on rights, but the last word as well. Therefore, we need to take the Executive and legislature seriously as pivotal protagonists in the collaborative constitutional scheme”. (Kavanagh, 2023, p. 122).

[141] Como, por exemplo, assessorar os dirigentes em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes, assisti-los no controle interno da legalidade dos atos da Administração, e fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, dentre outros.

da AGU a partir do marco teórico dos Diálogos Constitucionais, a escolha feita na concepção do projeto dessa dissertação e que exploraremos com maior profundidade a seguir.

4.3 O que vem depois da última palavra

Embora a concepção de supremacia judicial se assente sobre a ideia de que cabe às supremas cortes ou cortes constitucionais a interpretação definitiva sobre o que dizem as constituições, esse fundamento é uma impossibilidade hermenêutica. O sentido de um texto não é dado única ou definitivamente pelas palavras escritas (ou pronunciadas) pelas cortes, mas pela compreensão dada por quem as lê, ou seja, as cortes interpretam as constituições da mesma forma que as suas decisões serão interpretadas pelos seus destinatários:

> O texto só se manifesta quando é captado pelo intérprete. De maneira que o sentido do texto é revelado pelo intérprete que constrói algo novo conforme as nuances que percebe. Dessa forma, cada intérprete acaba por misturar-se com o próprio texto, trazendo sua trajetória de vida, seus valores, aquilo que de forma única lhe revela o sentido do texto. (...) O texto aguarda o momento em que aquele que o lê lhe lançará suas próprias luzes (Gontijo, 2019, p. 287).

As principais referências teóricas dos Diálogos Constitucionais não nos parecem especialmente interessadas nessa perspectiva hermenêutica: elas estão fortemente amparadas em estudos empíricos, com relevantes aportes dados ao constitucionalismo pela ciência política. Por isso mesmo, embora nos pareçam uma terceira via na disputa entre as ideias de supremacia judicial e de supremacia parlamentar, por negarem ambas, os Diálogos Constitucionais não são teorias sobre interpretação constitucional – e, por isso, não prescindem dessas teorias[142]. Pelo contrário, enquanto as teorias da interpretação estão preocupadas em estudar *como* (método) as cortes interpretam – ou deveriam interpretar – a constituição e decidir os casos com o objetivo de alcançar a melhor resposta possível, ou a resposta certa, os Diálogos Constitucionais preocupam-se com *quem* interpreta a constituição, *quando* a interpreta e as *consequências*, jurídicas e políticas, dessas ações.

[142] Mendes parece comungar dessa percepção: "...quem" e "como" decide é uma questão diferente de `o que` decide. Saber quem deve decidir, portanto, não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional – boas técnicas de interpretação constitucional não resolvem qualquer objeção democrática a qualquer instituição, não indicam quem deve decidir" (Mendes, 2008, p. 6).

Embora a perspectiva filosófica - a impossibilidade hermenêutica acima mencionada - não seja essencial aos estudos dos Diálogos Constitucionais e não seja, também, o objeto específico desta pesquisa, essa perspectiva nos apresenta um outro traço fundamental da atuação da AGU: cabe a ela interpretar as decisões do STF e traduzi-las para uma linguagem mais palatável aos responsáveis pela sua observância. Nesse sentido, a AGU atua como Hermes:

> Hermes é chamado o mensageiro divino, aquele que transmite as mensagens dos deuses aos homens: No relato de Homero, ele costuma executar verbalmente a mensagem que lhe fora confiada. Mas frequentemente, e em especial no uso profano, a tarefa do hermeneus consiste em traduzir para uma língua acessível a todos o que se manifestou de modo estranho ou incompreensível. Assim, a tarefa da tradução sempre tem certa liberdade (Gadamer, 2022, p 112).

Na AGU, essa interpretação toma corpo sobretudo por meio dos chamados Pareceres de Força Executória, regulamentados pela Portaria AGU nº 1.547, de 2008, e previstos na Lei nº 13.327, de 2016, que atribui aos membros da AGU, em seu art. 37, III, a competência de interpretar as decisões judiciais e fixar os parâmetros para cumprimento da decisão para o órgão ou entidade pública responsável pelo seu cumprimento.

Na maioria dos casos, trata-se de ato simples: um singelo encaminhamento de sentenças, acórdãos ou outras decisões judiciais com ênfase em aspectos específicos da decisão de forma a assegurar o seu correto cumprimento. Mas há outros casos nos quais a interpretação de decisões judiciais, notadamente de decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional, pode ser especialmente complexa. Essa complexidade pode se dar em razão da extensão das decisões (efeitos), da forma como elas são alcançadas (a identificação da *ratio decidendi*, face às discussões em plenário, sucessão de votos escritos, ressalvas pontuais ou considerações feitas *obiter dicta*, por exemplo), dos desacordos morais e políticos subjacentes ao caso, que seguirão influenciando a compreensão da decisão, e das próprias dificuldades operacionais que se apresentarão quando a decisão for efetivamente implementada. Nesse sentido, a filosofia de Gadamer novamente é ilustrativa: “a arte de transmitir a vontade do deus segue paralela à arte de adivinhá-la ou de prever o futuro mediante sinais” (Gadamer, 2011, p. 112).

Na concepção do projeto de pesquisa que originou esta dissertação, procuramos identificar um caso que pudesse ilustrar essa complexidade e demonstrar,

concretamente, como a AGU participa do esforço na construção dos sentidos da Constituição, tendo como referência os Diálogos Constitucionais. O caso que nos pareceu emblemático dessa participação foi a atuação da AGU após o julgamento da PET 3388 pelo STF, no qual a Corte analisou a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e que teve diversos desdobramentos, alguns ainda em curso.

Nesse sentido, apresentamos como tema-problema em nossa pesquisa a seguinte questão: *podemos afirmar, a partir do estudo sobre a atuação da AGU após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF (PET 3388 RR) e diante dos acontecimentos subsequentes relacionados à interpretação sobre o marco temporal a ser observado na demarcação das Terras Indígenas, que essa instituição desempenha um papel singular na construção dos sentidos da Constituição, com fundamento nos Diálogos Constitucionais?*[143].

[143] Outros casos bastante atuais e exemplificativos dessas interações é a judicialização perante o STF das emendas parlamentares que asseguram aos legisladores, individualmente ou por meio de comissões, o poder de darem destinação específica a recursos orçamentários: os julgamentos relativos às emendas impositivas (ADI 7697), "orçamento secreto" (ADPF 854, julgada em conjunto com as de nº 850, 851 e 1.014), e "emendas pix" (ADI 7688). Recentemente, após diversas ações e reações interinstitucionais, a Advocacia-Geral da União editou um único Parecer de Força Executória sobre esses julgados "a fim de (i) esclarecer aspectos da exequibilidade da decisão monocrática proferida pelo Ministro Flávio Dino em 09/12/2024 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 854 (doc. eletrônico nº 1033) e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7688 (doc. eletrônico nº 110), nº 7695 (doc. eletrônico nº 60) e nº 7697 (doc. eletrônico nº 63); (ii) consolidar as informações veiculadas nos pareceres de força executória referentes às decisões judiciais prolatadas nesses processos, agrupando-as por categoria de emenda parlamentar; e (iii) indicar as determinações judiciais que, tendo sido proferidas antes da promulgação da Lei Complementar nº 210/2024 e da decisão de 02/12/2024, ainda permanecem produzindo efeitos por si mesmas." O Parecer, de 10 de dezembro de 2024, está disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-detalha-regras-para-execucao-de-emendas-parlamentares/PARECERDEFORCAEXECUTORIAAGU.pdf, e ilustra a complexidade que, em alguns casos, assume a tarefa de interpretação dos julgados da Corte no exercício da jurisdição constitucional.

5 DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: DO JULGAMENTO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL À LEI DO MARCO TEMPORAL

5.1 Considerações metodológicas

Admitíamos como hipótese da pesquisa a proposição de que a Advocacia-Geral da União tem, sob a perspectiva normativa, um papel singular na construção dialógica dos sentidos da Constituição, e que o estudo de caso evidenciaria essa singularidade.

Na primeira parte desta dissertação procuramos, em conformidade com a metodologia prevista no projeto, contextualizar a tensão entre democracia e constitucionalismo que recai sobre o exercício da jurisdição constitucional (capítulo 2), expor as principais bases teóricas dos Diálogos Constitucionais (capítulo 3) e, ao confrontá-las com os papéis constitucionalmente atribuídos à AGU (capítulo 4), dar solidez à proposição de que a AGU tem, normativamente, um papel singular de intérprete da Constituição.

Agora, por meio do estudo de caso, esperamos demonstrar o acerto da hipótese. Neste capítulo, empregaremos o método "estudo de caso", que será utilizado de forma complementar à pesquisa bibliográfica e terá um caráter prevalentemente dedutivo, ou seja, será empregado como teste da hipótese da pesquisa[144].

No entanto, antes de adentrar o estudo do caso em si, precisamos atentar para um ponto metodológico: a delimitação do "caso"[145], ou seja, a explicitação de quais aspectos do evento histórico selecionamos para nossa análise - e o que não fará parte dela, embora pudesse ser objeto de outra abordagem de pesquisa similar.

Nosso "caso" é atuação da AGU *após* o julgamento da PET 3388 pelo plenário do STF e em meio às reações institucionais subsequentes, especificamente delimitado pelos seguintes acontecimentos: a) a interpretação dada pela AGU ao julgado por meio dos Pareceres AGU/CGU/DENOR nº 11 e nº

[144] "Assim, em uma pesquisa prevalentemente dedutiva, parte-se de uma teoria relacionada com o fenômeno estudado, da qual se deduz uma (ou mais) hipótese(s), destinadas a ser verificadas através da observação (Cappi, 2017, p. 396-397).

[145] Há um sentido estrito de "caso" na pesquisa científica: "caso" é um recorte de um ou mais eventos históricos a partir do qual a pesquisa será construída. O "caso" não se confunde com o evento histórico em si; ele é uma estratégia de recorte, de delimitação do que será efetivamente analisado, ou na definição de George e Benett, citada por Maíra Rocha Machado, é o "um aspecto bem definido de um evento histórico selecionado para análise por um pesquisador" (Machado, 2017, p. 370).

153/2010/DENOR/CGU/AGU, sendo este, aprovado pelo Advogado-Geral da União, atualização daquele, que levaram à edição da Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012; b) a interpretação dada pela AGU ao julgamento após a decisão dos Embargos de Declaração, por meio da Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de julho de 2017, aprovado pela Advogada-Geral da União e pelo Presidente da República; c) a reação ao parecer da AGU, de 2017, em especial a sua suspensão pelo STF durante a tramitação do RE 1017365 (Tema 1.031 do STF); d) as interações institucionais relacionados à decisão do STF no julgamento do Tema 1.031 sobre o marco temporal, notadamente a aprovação do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023, os vetos pelo Executivo amparado em razões constitucionais atribuídas à AGU, e a derrubada dos vetos pelo Legislativo; e, e) a nova abordagem conciliatória adotada pelo STF no processamento das ações ajuizadas contra a Lei nº 14.701, de 2023, que conta com a participação ativa da AGU.

Nesse sentido, é importante destacar que não faz parte do presente estudo de caso a análise da atuação da AGU anterior ao julgamento, como, por exemplo, suas manifestações no processo administrativo que levou à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, embora o estudo dessa atuação também pudesse trazer aportes relevantes sobre o papel da AGU como intérprete da Constituição. Também não fazem parte do recorte metodológico as manifestações da AGU nos autos da própria ação perante do STF (PET 3388), como por exemplo as peças de contestação e alegações finais, e sustentações orais, ou sua atuação em outras ações relacionadas ao tema.

A razão desses recortes é simples: o foco dos Diálogos Constitucionais, marco adotado como base da presente pesquisa, é a reação dos poderes políticos às decisões das cortes. Nos concentraremos, portanto, exatamente nisso: nas respostas que se seguiram à decisão do STF na PET 3388, detalhadas acima, em especial as interações envolvendo a atuação da AGU.

As próximas seções deste capítulo serão dedicadas à exposição dos atos e manifestações mencionadas no recorte metodológico citado. Assim, na próxima seção deste capítulo, apresentaremos uma síntese da decisão da PET 3388, incluindo a decisão dos Embargos de Declaração, com destaque para os temas mais relevantes à pesquisa por estarem diretamente relacionados aos Diálogos Constitucionais. Na sequência, abordaremos, também com especial atenção aos principais pontos de interesse da pesquisa, as interpretações dadas pela AGU aos dois acórdãos a partir

da exposição dos atos acima mencionados (os Pareceres nº 11 e nº 153, de 2010, a Portaria nº 303, de 2012, e o Parecer nº 001, de 2017). Na terceira e última seção deste capítulo, analisaremos as reações institucionais subsequentes à manifestação da AGU até chegarmos à nova abordagem do STF ao tema, de caráter conciliatório, em que a atuação da AGU é novamente destacada.

5.2 A decisão do STF no julgamento Raposa Serra do Sol

O conhecido julgamento "Raposa Serra do Sol"[146] teve início com a distribuição da Petição 3.388 – Roraima, no ano de 2005, perante o STF[147]: uma ação popular proposta por senador da República por meio da qual o eminente senador buscava a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto homologatório de 15.04.2005, do Presidente da República, que procederam à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em razão das irregularidades que alegava em sua petição[148].

Após sessões de julgamento ocorridas nos dias 27 de agosto de 2008[149], 10 de dezembro de 2008[150], 18 de março de 2009[151] e 19 de março de 2009[152], o pedido foi

[146] Conforme narrado no relatório do acórdão.
[147] A ação foi proposta diretamente perante o STF em razão do julgamento proferido na Reclamação 2.833 por meio da qual a Corte afirmou sua competência para "apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena" (Raposa Serra do Sol) em razão da natureza federativa do conflito entre as partes.
[148] Como dito acima, não estamos focados, nesta dissertação, em discutir o mérito das manifestações da AGU, mas examinar o seu papel. Por isso mesmo, os fundamentos da ação popular não são especialmente relevantes para este estudo.
[149] Sessão na qual o Ministro Relator, Ayres Brito, votou pela improcedência da ação, mantendo, assim, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Pediu vista o Ministro Menezes Direito.
[150] Nessa sessão, o feito voltou ao plenário com o voto-vista do Ministro Menezes Direito. Seu voto, pela parcial procedência da ação, manteve hígida a demarcação, mas estabeleceu condições relativas ao usufruto das terras pelos indígenas. O Ministro Marco Aurélio pediu vistas. Apesar do pedido, outros ministros anteciparam seus votos para acompanhar o voto-vista do Ministro Menezes Direito (Carmen Lúcia, com ressalvas pontuais, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Ellen Gracie). Também votou o Ministro Joaquim Barbosa, pela improcedência da ação. Na sessão, o Ministro relator ajustou o seu voto para acolher a fórmula adotada no voto-vista, com ressalvas pontuais. Na sessão também foi proposta a cassação da liminar concedida na AC n° 2.009-3/RR, que havia sobrestado a desintrusão de não indígenas da Terra Indígena. Apesar de contar com maioria de votos pela cassação da liminar, o Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, não proclamou o resultado, para aguardar o voto do Ministro Marco Aurélio, apesar as objeções de Ministros em razão de haver maioria pela cassação.
[151] Nessa sessão, o Ministro Marco Aurélio apresentou seu voto-vista, no qual suscitou a nulidade do processo pelas razões que explicitou em seu voto e, no mérito, votou pela procedência do pedido, fixando parâmetros para a nova ação administrativa demarcatória futura. Na mesma data houve também o voto do Decano, Ministro Celso de Mello, acompanhando o voto da maioria.
[152] Na última sessão o Ministro Gilmar Mendes, Presidente da Corte, votou com a maioria. Seguiu-se debate sobre a redação das condicionantes.

julgado parcialmente procedente, por ampla maioria[153]. Pela decisão, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi mantida, mas foram estabelecidas dezenove condições relacionadas ao seu correto usufruto[154].

---

[153] Conforme notas anteriores, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, que votou pela procedência total, e Joaquim Barbosa, pela improcedência.

[154] Nos termos do extrato da ata, "o Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente, julgou-a o Tribunal parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: **(i)** o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; **(ii)** o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; **(iii)** o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; **(iv)** o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; **(v)** o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vi)** a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; **(vii)** o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; **(viii)** o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(ix)** o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; **(x)** o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **(xi)** devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; **(xii)** o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **(xiii)** a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; **(xiv)** as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput,* Lei nº 6.001/1973); **(xv)** é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); **(xvi)** as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **(xvii)** é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **(xviii)** os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e **(xix**) é assegurada a participação dos entes

Dois pontos desse julgamento são especialmente relevantes para o propósito desta dissertação, por se relacionarem às reações dos Poderes aos julgamentos do STF e ao papel da AGU em meio a essas interações, e que terão repercussão nos acontecimentos que vieram na sequência do julgamento: (i) os efeitos subjetivos da decisão na PET 3388 e (ii) as considerações sobre o marco temporal a ser considerado nas demarcações das terras indígenas.

O primeiro deles – o alcance subjetivo da decisão – foi por diversas vezes mencionado durante as sessões de julgamento pelos ministros em seus votos. Embora não se tratasse de controle abstrato de constitucionalidade, os ministros manifestaram reiteradas vezes a consciência e intenção de que o que estava sendo decidido nesse caso viria a ser observado como padrão para futuros julgamentos, como ilustram os trechos a seguir:

> A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também **extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas**. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório **com repercussão também para o futuro**. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance (trecho extraído do voto-vista do Ministro Menezes Direito; grifo nosso).
>
> Senhor Presidente, em quarto lugar, a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou leading case, que **traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras** e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.
> Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. **Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações** (...) (trecho extraído do voto do Ministro Cezar Peluso; grifo nosso)
>
> **A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro.** (...) Devemos, isso sim, **deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam**. Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro - não apenas a União, mas a federação em seu conjunto - efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação (trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes, grifo nosso).

---

federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto ao item (xvii), a Senhora Ministra Carmen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, Relator. (...)". Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693.

Assim, embora o relator tenha, em seu voto original, ressaltado que a ação sob julgamento tinha por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e, em debates, destacado que as condicionantes valeriam apenas para esse caso, não havia dúvidas de que sua influência transcenderia ao caso concreto. Esse ponto veio a ser objeto de esclarecimentos adicionais no julgamento dos Embargos de Declaração[155]:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. (...) 4. **A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico**. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. **Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País**, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões. (...) (Embargos de Declaração na PET 3.388, Relator: Ministro Roberto Barroso, 23/10/2013).

Trata-se de questão especialmente relevante para a presente pesquisa. Em razão da atipicidade do dispositivo do acórdão, que reconheceu a ausência de "força vinculante, em sentido técnico" da decisão, mas estabeleceu dezenove condicionantes claramente vocacionadas a orientarem futuras demarcações, a AGU editou uma portaria, em 2012, e posteriormente, um parecer aprovado pelo Presidente da República, em 2017, com o intuito de que essas condicionantes fossem aplicadas a todas as demarcações de terras indígenas. Esses dois atos tiveram amplas repercussões que se inserem na dinâmica de um diálogo constitucional.

O segundo ponto, o marco temporal a ser considerado na demarcação de terras indígenas, é, dentre os temas discutidos na decisão, aquele que veio a assumir maior

---

[155] O ponto é detalhado no voto do Ministro Roberto Barroso, Relator dos Embargos: "54. Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do common law, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal. 55. Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, "a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol" (fl. 336). (...) 56. Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral. (...). 58. Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões".

centralidade nos debates posteriores, por ter despertado fortes reações institucionais. Curiosamente, o marco temporal não foi expressamente incluído no extenso dispositivo. Ele está presente, no entanto, na Ementa do Acórdão[156]:

> 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. **11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa —— a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) —— como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.** 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol (...) (grifo nosso).

Decidido o caso, coube à AGU a tarefa de interpretar a decisão judicial e orientar o Poder Executivo Federal sobre como lhe dar cumprimento.

5.3 A interpretação das decisões pela AGU

Julgada a ação, coube à AGU esclarecer o alcance e a exequibilidade das decisões do STF a fim de que fossem devidamente observadas pela Administração Pública.

---

[156] O tema também é mencionado em diversas passagens dos votos de variados ministros. Os trechos abaixo, extraídos do voto do ministro relator e do voto-vista onde foram previstas as diretrizes para o correto usufruto das terras, ilustram a abordagem prevalecente: “(...) I - o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. **Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena**. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.” (trecho extraído do voto do Ministro Ayres Britto, relator. destaquei); (...) Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras **ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.** (...) **A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquiva das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena** (trecho extraído do voto-vista do Ministro Menezes Direito, grifos nossos).

Nesse contexto, três pareceres são especialmente relevantes: o Parecer AGU/CGU/DENOR nº 11, que antecedeu e veio a ser atualizado pelo Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, este último efetivamente aprovado pelo Advogado-Geral da União e utilizado como fundamento para a publicação da Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012, e o Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, elaborado após o julgamento dos Embargos de Declaração, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República.

Analisaremos esses atos com especial atenção a dois pontos já mencionados acima como centrais ao argumento desta dissertação: os efeitos subjetivos da decisão na PET 3388 e o marco temporal.

5.3.1 Os Pareceres nº 11 e nº 153, de 2010 e a Portaria AGU nº 303, de 2012

O Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU foi elaborado pela Consultoria-Geral da União com o objetivo de interpretar as condicionantes estabelecidas pelo STF no julgamento da PET 3.388, e orientar a FUNAI e demais órgãos da Administração Pública Federal quanto ao cumprimento da decisão[157]. Esse Parecer foi aprovado pelo Advogado-Geral da União e fundamentou a publicação da Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012, que dispôs, conforme sua ementa, “sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR.”.

O Parecer 153/2010 foi antecedido do Parecer AGU/CGU/DENOR nº 11, de 2010, atualizado após questionamentos e sugestões que foram feitos quando da apresentação desse último no Gabinete do Advogado-Geral da União[158]. Como o parecer que veio a ser efetivamente aprovado pelo Advogado-Geral da União foi o de nº 153, de 2010, nossa análise se debruçará sobre ele. No entanto, destacamos a seguir alguns trechos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 503/2010, que aprovou o Parecer nº 11, por tecer considerações importantes sobre a construção da manifestação da AGU, a interpretação da decisão e seu alcance:

---

[157] Obtivemos acesso aos pareceres por meio de requerimento de acesso à informação (Lei de Acesso à Informação).

[158] Na introdução do Parecer nº153, de 2010, o parecerista afirma: “Em 17 de março de 2010, foi exarado o Parecer Nº 11/2010/DENOR/CGU/AGU desta Consultoria-Geral da União, que foi objeto de apresentação realizada no Gabinete do Senhor Advogado Geral da União, quando se lhe apresentaram questionamentos e sugestões, que são parcialmente contempladas neste parecer, atualização daquele”.

> A matéria foi distribuída (...) [e] mereceu cuidadosa análise que abrangeu o vasto conjunto de informações disponível sobre o tema, **incluindo o acórdão do STF, as manifestações dos órgãos e entidades da administração pública federal consultados, além das ponderações encaminhadas, ao final, pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI**.
> (...)
> O (...) Parecer (...) adota metodologia que a um só tempo demonstra-se didática (...) e, também, dialógica, por promover **o cotejamento das diversas visões sobre cada condicionante a partir da perspectiva setorial de cada órgão ou entidade da administração** federal.
> Tal metodologia permitiu ao autor do Parecer a construção de posição equilibrada e equidistante sobre as condicionantes.
> (...)
> À Advocacia-Geral da União, por provocação, cabe analisar a decisão de modo a assegurar sua uniforme implementação no âmbito da administração federal por todas as Pastas que tenham interface com a questão, de modo absolutamente consentâneo com o que decidido pelo STF.
> (...)
> De qualquer sorte, Sr. Advogado-Geral, assim que a matéria tenha transitado em julgado no STF, é imperiosa a submissão do Parecer em tela ao rito dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº73, de 1993, de modo a conferir efeito vinculante à toda administração federal.
> Tanto o Parecer como o Despacho da Diretora do DENOR que o aprovou são expressos em afirmar que as condicionantes aplicam-se a todas as demarcações de terras indígenas no Brasil, **não se cingindo tal entendimento às tecnicalidades de uma discussão formal sobre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada em ação popular**.
> Seria desarrazoado supor que as condicionantes formuladas de forma genérica pelo Ministro Meneses Direito, acolhidas pela Corte e que integram o multicitado acórdão aplicar-se-iam apenas ao equacionamento da demarcação em Raposa Serra do Sol.
> **A decisão do caso Raposa Serra do Sol é, na verdade, um divisor de águas e aponta como o Supremo Tribunal Federal irá se comportar doravante** em matérias relacionadas à demarcação de terras indígenas. (...) (Brasil, 2010, grifos nossos).

Assim como o parecer que lhe antecedeu, o longo o Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, de 72 (setenta e duas) páginas, evidencia o importante papel da AGU na interpretação do julgado, especialmente na articulação e delimitação das atribuições dos órgãos do Poder Executivo responsáveis pela implementação da decisão, e na uniformização do entendimento jurídico que deverá ser observado no cumprimento do julgado.

Sobre esse aspecto, é interessante observar que diversos órgãos se manifestaram previamente à elaboração do Parecer[159], apresentando pontos de vista

[159] O próprio parecer menciona a realização de reuniões prévias à sua elaboração, com a participação da Secretaria-Geral de Contencioso, da Procuradoria-Geral Federal, do Procurador-Geral da FUNAI e dos Consultores Jurídicos dos Ministérios da Defesa e da Justiça. O parecer menciona, ainda, que foram solicitadas manifestações à Secretaria do Patrimônio da União (Ministério do Planejamento), à Assessoria Jurídica do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), ao Procurador-Geral Federal, à

muitas vezes distintos sobre a interpretação da decisão do STF. A quantidade de órgãos e entidades envolvidas e as divergências interpretativas sobre a decisão são uma demonstração empírica de que uma decisão da mais alta Corte do país não encerra as discussões jurídicas sobre temas constitucionalmente relevantes e complexos como o caso da demarcação das Terras Indígenas.

No que toca aos dois pontos críticos objeto de nossa análise - marco temporal e efeitos subjetivos da decisão – destacaremos a seguir os entendimentos referenciados no parecer aprovado pelo Advogado-Geral da União.

Inicialmente, o parecer registra que a FUNAI externalizou o entendimento de que as condicionantes se aplicariam apenas ao caso concreto, a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, “em razão de o acordão não ter sido prolatado em controle abstrato de constitucionalidade e não apresentar efeitos erga omnes” (Brasil, 2010b, p. 13).

Já a Secretaria Geral de Contencioso (SGCT), órgão da AGU que atua na representação judicial da União perante o STF, manifestou o entendimento de que, apesar da decisão não ter efeitos vinculantes, o STF teria indicado no julgamento os parâmetros jurídicos que deveriam orientar a demarcação de terras indígenas. Apesar dessa observação, consignou entendimento de que “a Administração não está obrigada a se orientar pelas considerações constantes da decisão, nos casos futuros, antes do julgamento dos embargos declaratórios” (Brasil, 2010b, p. 19).

O parecerista, por sua vez, ratificou a interpretação de que o caso tem “os limites objetivos e subjetivos da relação processual, não apresentando ‘efeito vinculante’ fora desses limites”, mas consignou que o STF “utilizou-se do processo para proferir decisão que servisse de orientação jurisprudencial para o país no que tange à demarcação e à vida das terras indígenas” (Brasil, 2010b, p. 21/22).

O assunto foi parcialmente retomado quando da discussão sobre a condicionante XVII, que veda a ampliação de terra indígena já demarcada. Esse ponto

---

Secretária-Geral de Contencioso, aos Consultores Jurídicos dos Ministérios da Agricultura, das Comunicações, da Educação, da Defesa, do Desenvolvimento Agrário, do Meio Ambiente, das Minas e Energia, da Justiça, da Saúde, dos Transportes, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil e do Procurador-Geral do ICMBIO. Finalmente, são feitas referências expressas aos entendimentos manifestados por FUNAI (§6), PGF (§7 e §8, a), GSI (§8, b), ICMBIO (§8, d), Ministérios das Comunicações (§8, e), do Meio Ambiente (§8, f), do Desenvolvimento Agrário (§8, g), dos Transportes (§8, h), da Defesa (§8, j), das Minas e Energia (§8, k), da PGFN (§8, i), da Secretaria-Geral de Contencioso (§8, l) e da SPU (§8, m).

também atrai uma breve consideração sobre o marco temporal. Sobre essa condicionante, consignou o parecerista:

> Quanto às demarcações realizadas antes do advento da Constituição de 1.988, houve, durante o julgamento, indagação do então Advogado-Geral da União, em seguintes termos:
>
> 'Em relação à questão fática propriamente dita, temos demarcações feitas anteriormente e posteriormente à Constituição de 88. Então, tendo em vista o marco temporal fixado pela maioria, a União entende que aquelas demarcações feitas anteriormente a 88 poderiam ter uma revisão; as posteriores a 88, não. Não haveria ampliação àquelas posteriores à Constituição de 88 porque o marco fático e normativo é o da Constituição de 88' (Brasil, 2010b, p. 52).

Com os debates que se seguiram à indagação do Advogado-Geral da União, prevaleceu o entendimento de que a condicionante também se aplicaria a demarcações realizadas anteriormente à Constituição de 1.988.

Na sequência do parecer, a questão do marco temporal, tangenciada no item acima, aparece de forma explícita:

> ...à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígines. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional" (Brasil, 2010b, p. 52, destaques e grifos no original).

Após discussão de cada uma das condicionantes, o parecerista reitera, em sua conclusão, observações feitas a título preliminar quanto aos limites objetivos e subjetivos da relação processual, mas ressalta que o STF se utilizou do processo, no caso, para proferir decisão que servisse de orientação para outras demarcações:

> Conclusão.
> 20. Em conclusão, pode-se dizer, primeiramente, em relação ao acórdão do c. Supremo Tribunal Federal prolatado no Processo Petição 3.388-4 RORAIMA que:
> (...)
> b) a coisa julgada, quando se operar, terá os limites objetivos e subjetivos da relação processual, não apresentando "efeito vinculante" fora desses limites, conforme observado pela Secretaria-Geral do Contencioso;

> c) a decisão tem aplicação imediata a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, que é o caso concreto apreciado, tendo em vista que embargos declaratórios não tem efeito suspensivo;
> d) sem dúvida alguma, **o Pretório Excelso, no intuito de cumprir sua função constitucional, utilizou-se do processo para proferir decisão que servisse de orientação jurisprudencial para o País no que tange à demarcação e à vida das terras indígenas** (...) (grifos nossos).

Posteriormente, a AGU editou a Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, que dispôs sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas decorrentes do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol. A Portaria foi editada, nos termos do seu preâmbulo, com menção expressa ao art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73, de 1993, que trata da competência do Advogado-Geral da União para fixar a interpretação da Constituição a ser uniformemente seguida pela Administração Federal, e com o seguinte fundamento:

> (...) considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado (Brasil, 1993).

A Portaria conta com apenas seis artigos e, em seu art. 1º, repete na íntegra as condicionantes estabelecidas pelo STF. O grande impacto da Portaria está, no entanto, em dois pequenos artigos que determinam a observância das salvaguardas estabelecidas pelo STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol aos procedimentos em curso que estejam em desacordo com elas (art. 2º), inclusive aos finalizados, que seriam revisados e adequados aos seus termos (art. 3º). Dessa forma, todas as demarcações de terras indígenas passariam a observar as condicionantes estabelecidas para o caso Raposa Serra do Sol.

A Portaria sofreu críticas que viam, nela, a fragilização de direitos indígenas[160]. Inicialmente prevista para vigorar no dia seguinte à sua publicação, ela teve sua

[160] Houve críticas de diversas ordens, desde organizações de defesa dos direitos indígenas, de juristas consagrados, parlamentares e órgãos do governo. Cita-se, como exemplo, as críticas pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, disponível em https://www.ihu.unisinos.br/noticias/512205-organizacoes-lancam-manifesto-contra-portaria-303-da-agu-e-denunciam-cruzada-de-governo-dilma-contra-os-povos-indigenas, pelo Professor Dalmo de Abreu Dallari, disponível em https://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2012/08/24/advocacia-e-ilegalidade-anti-indio-2.html, pelo Deputado Chico Alencar, em https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=214.2.54.O&nuQuarto=5&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:12&sgFaseSessao=PE&Data=09/08/2012&t

vigência sucessivamente postergada[161], até que fosse definitivamente estabelecido que vigorasse no "dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal", nos termos da Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012.

Referido acórdão foi publicado no dia 04 de fevereiro de 2014. Três dias depois, o Advogado-Geral da União editou nova Portaria, a de nº 27, de 07 de fevereiro de 2014, determinando a órgãos a ele subordinados a análise da adequação do conteúdo da Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012, aos termos do acórdão proferido pelo STF no julgamento dos embargos de declaração opostos na Petição nº 3388. Como resultado dessa análise foi elaborado um novo parecer.

5.3.2. O Parecer nº 01, de 2017, e seu efeito vinculante

Publicado o acórdão e em atendimento à determinação do AGU, a Consultoria-Geral da União elaborou um novo parecer, o Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de julho de 2017, que teve como objetivo central, nos termos da sua ementa, "impor a observância das condicionantes estabelecidas pelo STF a todos os processos de demarcação de terras indígenas por toda a Administração Pública Federal" (Brasil, 2017). Nesse sentido, o escopo do Parecer é similar àquele da Portaria 303: superar qualquer dúvida quanto à necessidade de observância das salvaguardas estabelecidas pelo STF no julgamento da PET 3388 em todos os outros processos de demarcação de terras indígenas.

Observa-se, no entanto, que entre a publicação da Portaria AGU nº 27, de 2014, e o Parecer nº 001, de 2017, decorreram mais de três anos. Nesse período, o tema permaneceu em franco debate, como narra o próprio parecer[162]:

---

xApelido=CHICO%20ALENCAR&txFaseSessao=Pequeno%20Expediente&txTipoSessao=Ordin%C3%A1ria%20-%20CD&dtHoraQuarto=14:12&txEtapa= , e pela FUNAI, em https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2012/nota-tecnica-da-funai-sobre-a-portaria-n-303-12-da-agu. Acesso em 17 out. 2025.

[161] A Portaria nº 308, de 25 de julho de 2012, postergou a sua entrada em vigor para o dia 24 de setembro de 2012. A Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012, por sua vez, postergou a entrada em vigor da Portaria para o "dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido (...)".

[162] Além do trecho citado, o parecer traz por meio de Notas de Rodapé a síntese de debates sobre o tema, com destaque para o contido na Nota de nº 6: "Nos autos do processo n. 00692.003281/2014-15, a Consultoria-Geral da União conduziu, no ano de 2014, um estudo comparativo entre as salvaguardas mantidas pelo acórdão dos embargos e as disposições da Portaria AGU nº 303/2012, do qual decorreu-lhe percepção deque em seu mérito esta continuaria – s.m.j. – coadunada ao conjunto

> (...) Após o julgamento e a publicação do acórdão do STF nos embargos de declaração, foi editada a Portaria AGU n. 27, de 07 de fevereiro de 2014 (...). A partir de então, instaurou-se a controvérsia – a qual envolveu diversos órgãos da Administração Pública, especialmente a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), e da Advocacia-Geral da União, especificamente a Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI (PFE/FUNAI), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça (CONJUR/MJ/CGU/AGU), a Secretaria-Geral de Contencioso e a Consultoria-Geral da União – sobre a vigência e a eficácia da portaria em questão. Diversos processos chegaram a ser abertos para tratar dessa controvérsia e, em alguns dos posicionamentos que visaram solucionar a divergência, chegou a prevalecer a tese de que, após a apreciação definitiva do STF no julgamento dos embargos de declaração, a Portaria AGU n. 303 estaria em vigor e com plena eficácia. Porém, em 11 de maio de 2016, o Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 358/2016/GABAGU/AGU, estabeleceu que, enquanto os estudos requeridos por meio da Portaria AGU n. 27/2014 não fossem concluídos, a Portaria AGU n. 303/2012 deveria permanecer com sua eficácia suspensa. A subsistência dessa controvérsia no âmbito da Advocacia-Geral da União chegou a reverberar no Supremo Tribunal Federal. Alguns Ministros se pronunciaram sobre o tema em julgamentos sobre processos envolvendo a demarcação de outras terras indígenas. Na maioria das vezes, exigiram uma solução para a questão, no sentido de se pacificar o tema de acordo com o que decidido pela Corte na PET n.3.388/RR. Nos debates ocorridos na apreciação do RMS n. 29.087/DF, o Ministro Celso de Mello concluiu de modo muito contundente: “Altamente conveniente, desse modo, que o eminente Advogado-Geral da União restabeleça a vigência da Portaria AGU n. 303/2012, suspensa desde a edição da Portaria AGU n. 308/2012 e posteriores alterações, em ordem a adequar ao julgamento plenário da PET3.388/RR a atuação dos órgãos jurídicos da FUNAI e da própria União Federal, sempre que se tratar de demarcação administrativa de terras indígenas” (Brasil, 2017).

Para colocar fim às divergências e, enfim, alcançarem-se os efeitos desejados, o parecer foi emitido pela Consultoria-Geral da União, aprovado pela Advogada-Geral

---

dos referidos acórdãos do STF, porém, passaria a ter seu efeito vinculativo relativizado pela última decisão. De seu turno, também contribuindo para o mesmo estudo, no processo 00400.000605/2015-82, a Secretaria-Geral de Contencioso, em pronunciamento exteriorizado ainda no ano de 2014, depois mantido na Nota AGU/SGCT/ADZIN n.28/2015 (16/07/2015), posicionou-se como segue: a) apenas porque proferida em sede de ação popular, meio processual inidôneo para controle abstrato de normas, é que a decisão do STF, embora para o caso concreto esteja dotada de eficácia contra todos (“erga omnes”), não operaria efeitos vinculantes e nem obrigatoriedade formal (“*formally binding*”) para todas as demais situações símiles, visto que desprovida de vinculação automática para outros casos; b) sem embargo disso, seus efeitos de precedente persuasivo da mais elevada Corte Judiciária do País tendem a nortear o critério decisório em futuras demarcações, consoante se denota dos julgamentos do RMS nº 29.087 (j.16.09.2014, red. p/ o acórdão o Min. Gilmar Mendes) e do RMS nº 29.542 9 (j. 30.09.2014, rel. Min. Carmen Lúcia); c) já constam inclusive da parte dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello manifestações favoráveis à conveniência do restabelecimento da Portaria AGU nº303/2012, que reputam importante contribuição para pacificação do tema (RMS nº 29.087, 2ª Turma, j. 16.09.2014, DI de 14.10.2014, p. 72);d) a análise determinada pela Portaria AGU nº 27/2014 não demanda considerações quanto à conveniência e oportunidade acerca da manutenção, alteração ou revogação da Portaria AGU nº 303/2012, próprios da autoridade competente; e) no que concerne à compatibilidade de conteúdos jurídicos entre a Portaria AGU nº 303/2012 e a decisão integrada proferida pelo STF na Petição nº 3.388-STF, e à vista da minuta de sugestões propostas pela CGU, em caso de eventual decisão pela manutenção da Portaria nº 303/2012 far-se-iam necessárias que a minuta agregasse as exíguas adequações formuladas na sua manifestação”.

da União, submetido e aprovado pelo Presidente da República, passando então a vincular a Administração Federal, em conformidade com o que dispõem os artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
> § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.
> § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.
> Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República (Brasil, 1993).

A manifestação da AGU, que, com a aprovação pela Advogada-Geral da União, assumiu também numeração própria - Parecer nº GMF – 05 - tratou basicamente daqueles dois temas que, como já dito, atraem especial interesse desta pesquisa: o alcance da decisão e o tema do marco temporal.

O alcance da decisão – notadamente o seu efeito vinculante – foi o objeto principal de quatro capítulos do parecer, a começar pelo terceiro, intitulado “a intenção do STF em dar aplicabilidade geral às salvaguardas institucionais”. Ali, o parecerista fala da “deliberada intenção” do Tribunal em “definir um verdadeiro regime jurídico (...) que estabelecesse uma série de condicionantes não apenas para a solução do caso Raposa Serra do Sol, mas igualmente para todo e qualquer processo de demarcação de terras indígenas no Brasil” (Brasil, 2017).

No capítulo seguinte, “os efeitos da decisão do STF na PET 3.388”, o parecer reconhece a impossibilidade de que a decisão do caso Raposa Serra do Sol pudesse vincular a atuação judicial ou administrativa em outros procedimentos demarcatórios[163]. Apesar disso, enfatizou que a decisão do caso tem “uma qualificada *vis expansiva* e configura um precedente com força persuasiva suficiente para traçar diretrizes para outros casos e, assim, condicionar a atuação dos atores estatais em

[163] “Apesar de terem sido construídas para desenvolver aplicabilidade geral, as salvaguardas institucionais e, em suma, a parte dispositiva da decisão na PET n. 3.388/RR, formalmente só produzem efeitos vinculantes para o caso Raposa Serra do Sol. Foi o que afirmou o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração, reconhecendo que, por se tratar de uma ação popular e, dessa forma, de um processo de caráter subjetivo submetido a regras e procedimentos específicos, os efeitos do acórdão somente poderiam ter incidência para a solução do caso concreto, os denominados efeitos *inter partes”* (Brasil, 2017).

outros processos de demarcação de terras indígenas". De fato, como já visto, a decisão dos embargos de declaração, ao mesmo tempo em que afirmou que "a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico", explicitou a percepção da corte sobre "a força moral e persuasiva" inerente às suas decisões (Brasil, 2017).

Na sequência, o parecer traz um histórico a respeito da "eficácia e autoridade das decisões do STF", expressão que é título do capítulo 5, destacando a histórica ausência, no nosso constitucionalismo, de um princípio de *stare decisis,* que atribua às decisões do STF o caráter de fonte primária do direito. O parágrafo que encerra esse capítulo afirma:

> (...) o sistema brasileiro de jurisdição constitucional se caracteriza por permanecer, nos moldes de sua configuração original, despido de um mecanismo processual explícito e amplamente aceito que atribua formalmente efeitos gerais à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. É o Senado Federal que, em razão da plena vigência e normatividade do art. 52, X, da Constituição, permanece com a atribuição exclusiva de conferir os efeitos erga omnes à declaração de inconstitucionalidade em concreto emanada do STF. Mesmo nas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, os efeitos produzidos em relação aos juízes e tribunais, tendo em vista a necessidade de adoção da tese fixada em casos semelhantes e repetitivos, não necessariamente implicam eficácia geral e vinculante e, portanto, não obrigam os órgãos da Administração Pública a impreterivelmente observar a declaração de inconstitucionalidade (Brasil, 2017).

Afirmado, portanto, que a decisão não obriga a Administração Pública em outros casos, o sexto capítulo da manifestação - denominado *"o Decreto n. 2.346/1997 e o dever da Administração Pública de observar as decisões do STF*" - resgata o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, nos termos do parecer, objetivava "precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal" (Brasil, 2017). Esse Decreto prevê a possibilidade de que o chefe do Poder Executivo autorize "a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto (pelo STF)", nos termos do §3º do seu art. 1º, mediante proposta das autoridades ali indicadas[164]. No caso da AGU, essa proposta se concretizaria na forma dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n.

[164] Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União.

73/1993, que foi o que veio efetivamente a ocorrer no caso, objetivo declarado do parecer[165].

Apesar da explícita intenção de impor à Administração Federal a observância das salvaguardas institucionais às terras indígenas fixadas no acórdão da PET n. 3.388, o novo parecer avançou, de forma específica, em um assunto que, não obstante tenha sido objeto de debates e tenha constado expressamente da ementa do acórdão, não integrou as condicionantes estabelecidas na decisão, qual seja, o marco temporal das demarcações.

Assim, ao tratar da *consolidação da decisão da PET 3.388 na jurisprudência do STF*, título do oitavo capítulo do parecer[166], a jurisprudência ali contida faz referência de forma especial ao tema que, como já expusemos, não fez parte das salvaguardas estabelecidas pela decisão. Conforme entendido no parecer, o marco temporal também seria um dos parâmetros fixados pelo Tribunal que deveria ser seguido nas demais demarcações das terras indígenas no país:

> Antes de concluir, é importante deixar esclarecido e enfatizado que a decisão na PET n. 3.388/RR, complementada pelo acórdão dos embargos de declaração, tem sido reafirmada em diversos outros julgamentos no próprio Supremo Tribunal Federal, tornando indubitável a consolidação e **estabilização normativa das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país.** Está comprovado, portanto, que não se trata de um caso isolado, mas de um entendimento jurisprudencial solidificado, que de fato pode fornecer as balizas gerais para a atuação dos órgãos da Administração Pública.
> No já citado julgamento do RMS n. 29.087/DF, a Corte Suprema concluiu novamente que "**a data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal** para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios"; e que o "processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol)".
> No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS(43), o Tribunal voltou a considerar que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, **ficou estabelecido como "marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988"** e que "renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com

[165] O sexto capítulo é concluído da seguinte maneira: "O presente parecer é elaborado com esse objetivo e tem em vista a premente necessidade de fazer com que as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", fixadas pelo STF no acórdão da PET n. 3.388 e posteriormente esclarecidas pelo próprio Tribunal no julgamento dos Embargos de Declaração nesse mesmo processo, constituam um regime jurídico para todos os processos de demarcação de terras indígenas, efetivamente vinculante para a atuação dos órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta".

[166] O parecer publicado não conta com um capítulo 7, como pode ser visto em https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=20/07/2017&jornal=1&pagina=10&totalArquivos=216. Acesso em 17 out. 2025.

> desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada".
> (...)
> **Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena;** 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.
> O primeiro ponto está bem delineado no acórdão da PET n. 3.388, onde o Tribunal assentou que "a Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobreas terras que tradicionalmente ocupam". Assim, a Corte afirma que "é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica". E que, "a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios" (Brasil, 2017, grifos nossos).

Apesar da afirmação de que o STF teria um entendimento muito consolidado a respeito do marco temporal, o que se viu na sequência foi uma forte reação do Tribunal contrária a esse entendimento.

5.4 Marco Temporal, STF e reações institucionais

O chamado "marco temporal", tal como compreendido pelo STF no julgamento da PET 3.388, seria um momento específico que deveria ser considerado para a aferição da efetiva ocupação da terra pelos indígenas: o dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição. Nessa data, seria tirada uma "chapa radiográfica"[167] da ocupação fundiária, de forma que esse dia seria o "insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"[168]. Dessa forma, o STF

[167] Trata-se de expressão empregada pelo relator, Ministro Ayres Britto, para se transmitir a ideia de que a demarcação deve recair sobre as terras ocupadas em data específica, de forma a fundamentar inclusive a impossibilidade de ampliação da terra indígena já demarcada, nos termos da condição **xvii.**

[168] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa —— a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) —— como insubstituível referencial para o dado da

passava a adotar a teoria do fato indígena como critério constitucional, em substituição à teoria do indigenato[169], nos termos do voto do Ministro Menezes Direito.

Como já destacamos, embora o tema tenha sido de fato discutido no julgamento do caso e mesmo constado do acórdão, essa definição não integrou o extenso e incomum dispositivo do julgamento, que conteve, como visto, dezenove condicionantes. Não obstante, o Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, acolhido pela Advogada-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, incorporou essa definição, passando a vincular a FUNAI, o Ministério da Justiça e qualquer outro órgão da Administração Federal. A aprovação pela Advogada-Geral da União também implicou a sua observância pelos órgãos e membros da AGU.

Assim como já ocorrera quando da publicação da Portaria AGU nº 303, de 2012, houve fortes críticas à atuação da AGU. Ilustram-nas, especialmente quanto aos dois pontos em discussão, as manifestações da então Subprocuradora-Geral da República e Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Povos Indígenas e Populações Tradicionais), Deborah Duprat, quanto ao tema do Marco Temporal (Duprat, 2018), e do Juiz aposentado e Ex-Consultor-Geral da União, Manoel Castilho Volkmer, quanto ao tema do alcance dos efeitos do entendimento da decisão no caso Raposa Serra do Sol (Castilho, 2018).

As reações ao Parecer da AGU, no entanto, alcançaram também o Supremo Tribunal Federal. Em 07 de maio de 2020, o Ministro Edson Fachin, relator do RE 1017365 / SC, Leading Case do Tema 1031, com repercussão geral reconhecida, concedeu tutela provisória incidental a fim de “suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031)” e, em consequência da decisão, determinou à FUNAI “que se abst[ivesse] de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer” (Brasil, 2020).

---

ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol (...) (destaque nosso).

[169] As teorias do fato indígena, do indigenato, e também uma terceira, a da posse imemorial, vieram a ser mais profundamente detalhadas e debatidas no julgamento do Tema 1.031 pelo STF, que será adiante tratado.

Entendeu o eminente Ministro que a AGU teria interpretado a decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol sem levar em consideração todo o contexto no qual a decisão fora tomada, e teria aplicado as salvaguardas de forma automática. O contexto, pelo que se depreende da leitura do voto submetido ao colegiado virtual, seria, em primeiro lugar, a compreensão de que a PET 3.388 teria sido decidida de forma favorável aos indígenas, representando, assim, um avanço na interpretação do artigo 231 da Constituição de forma favorável aos povos originários, e, em segundo lugar, que a própria Corte teria, no julgamento dos embargos de declaração, esclarecido que condicionantes não se aplicavam às demais demarcações de terras indígenas pelo país. Afirmou o Ministro Relator:

> Não se trata, a toda evidência, de retirar a autoridade da decisão prolatada pela Corte no julgamento da Pet 3.388, como alegado pela União e pela FUNAI. Trata-se, em verdade, de aferir a interpretação conferida pelo ente ao decidido no julgado e, de acordo com os fundamentos acima lançados, de respeitar todas as suas possibilidades hermenêuticas, pois em momento algum o decisum converteu a decisão administrativa em demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas em simples cálculo matemático, olvidando-se, por exemplo, de considerar todas as circunstâncias antropológicas da ocupação, do modo de vida e também eventual esbulho renitente praticado por terceiros não índios nas áreas (Brasil, 2020).

A decisão foi submetida ao Plenário Virtual, onde recebeu pedido de destaque do Ministro Alexandre de Morais, mas não veio a ser incluída em nova pauta. Não obstante, o parecer foi referenciado durante o julgamento do mérito do Tema[170].

[170]O Ministro Fachin, em seu voto, afirmou: “Dito isso, é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388, longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, diante da assunção pela Administração das condicionantes ali descritas no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil. Longe de um consequencialismo no enfrentamento da matéria, é necessário que se lance novamente um olhar a essas questões, uma vez que a correta hermenêutica do dispositivo constitucional ora em exame representará verdadeira condição de existência e sobrevivência das mais de 300 distintas etnias indígenas de nosso País”. Também afirmou o Ministro Alexandre de Morais, na Sessão de 07 de junho de 2023: “Em várias decisões posteriores, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como terras tradicionais e de posse permanente dos indígenas não só aquelas ocupadas até 5 de outubro de 1988, mas também aquelas que tivessem sido objeto de retirada indígena compulsória, forçada, e de resistência contemporânea à promulgação da Constituição. É importante isso, porque se estendeu também a ideia do marco temporal. Naquele momento, na Pet 3.388/RR (Raposa do Sol) e em decisões posteriores, uma série de salvaguardas institucionais - principalmente a questão do fator temporal, econômico, ecológico (não vou repetir todas as salvaguardas) - levou, em 2017, inclusive, após a decisão da Pet 3.388, o Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, a estender à questão da retirada forçada e da contemporaneidade da litigiosidade da terra no marco temporal de 1988. Em 2017, a Advocacia-Geral da União, no Parecer nº 1/2017, a partir exatamente das diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, adotou o marco temporal constitucional para fins de demarcação de terras indígenas, conferindo-se, no âmbito da Administração Pública federal, o efeito vinculante. Transcrevo aqui uma

5.4.1 O julgamento do Tema 1.031 e a desconsideração do marco temporal

Apesar dos apontamentos críticos ao entendimento formalizado pela AGU no parecer, que davam a entender que essa Instituição teria agido contrariamente ao decidido pelo STF quando aplicou as salvaguardas estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol a outros casos, parece bastante claro que o novo julgamento representava uma efetiva revisão daquele entendimento anterior[171]. Não por outra razão, o Ministro Relator enfrentou o tema em tópico específico, intitulado "[o] julgamento da Pet nº 3.388 – possibilidades de aperfeiçoamento":

> Argumenta-se que, diante do julgado, o princípio da segurança jurídica impediria a revisão da matéria por esta Corte Constitucional, uma vez que as dezenove condicionantes já estariam sendo aplicadas pela jurisprudência e teriam sido internalizadas pela Administração Pública. No entanto, duas razões levaram ao reconhecimento da repercussão geral do tema e autorizam, portanto, que toda a problemática acerca da correta hermenêutica contida no artigo 231 do texto constitucional seja apreciada pelo Tribunal. Em primeiro lugar, porque no julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão da Pet nº 3.388, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade

passagem do parecer, com o qual também não vou cansá-los, que cita exatamente a sequência de decisões do Supremo a partir da Raposa do Sol, da fixação do marco temporal, e, a partir disso, a questão do esbulho. Cito vários recursos em mandado de segurança e agravos regimentais, para demonstrar que já teria ocorrido, em um determinado momento, pelo Supremo Tribunal Federal uma definição, uma pacificação pela teoria do marco temporal. Quer dizer, entendeu a Advocacia-Geral da União, nessa sequência de julgados, que o Supremo Tribunal Federal já teria pacificado a questão. Editou o Parecer nº 1/2017, depois assinado e referendado pelo Presidente da República, consequentemente com efeitos vinculantes para toda a Administração Pública, nos exatos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, Presidente, também ficou anotada nesse parecer e a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal - principalmente nos embargos de declaração da citada Pet - a excepcionalidade de possibilidade de revisão de terra indígena demarcada. A possibilidade é somente se houvesse existência de vícios no procedimento originário. Isso também ficou naquele momento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de embargos de declaração e, posteriormente, no parecer vinculante da AGU. O Relator dos ED-Pet 3.388 foi o eminente Ministro Vice-Presidente da Corte, o Ministro Luís Roberto Barroso. (...)". Também o Ministro Gilmar Mendes teceu considerações sobre o Parecer, na Sessão de 21 de setembro de 2023: "O entendimento da Corte, então assentado, deve servir de apoio moral e persuasivo a todos os casos sobre demarcação de terras indígenas, razão pela qual reputo legítimo o Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU (que teve sua eficácia suspensa pelo relator deste feito). Tal parecer, aprovado pela Presidência da República e após sua publicação, possui caráter vinculante a toda a Administração Pública Federal, restando os entes desconcentrados e/ou descentralizados obrigados a segui-lo fielmente, nos termos do art. 40 da Lei Complementar 73/1993, a saber: (...). Desse modo, diante da eficácia vinculante a todos os órgãos do Poder Executivo Federal, não podem Funai, Incra ou União praticar atos contrários àquele parecer juridicamente qualificado".

[171] É interessante observar que o Ministro Relator também consignou em seu voto o seguinte: "Muito embora a tese de que o fator primordial para a constatação da tutela do artigo 231 da Constituição seria a presença física da comunidade indígena na área objeto da demarcação em 5 de outubro de 1988 já tivesse sido aventada pela Corte em momentos anteriores, **foi a primeira vez que esse debate veio à lume em feito com pretensão universalizante**, e que, a despeito de ter sido considerada pelo próprio Tribunal como sendo decisum sem a atribuição de eficácia vinculante, **vem sendo aplicada nas várias instâncias do Poder Judiciário**" (grifos nossos).

> de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, como se depreende da ementa do referido julgado (...)
> Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País.
> (...)
> Logo, é evidente que a própria Corte não admitiu que as condicionantes da Pet nº 3.388 pudessem ser conformadas pelo ordenamento como representativas de um precedente, a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, bem como espraiar seus efeitos de forma automática à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios. De outra parte, ainda que se compreendesse que o acórdão relativo ao caso Raposa Serra do Sol representasse, efetivamente, a força vinculante de um precedente, sobejariam razões para que a Corte reavaliasse a presença dos requisitos para a superação de algumas de suas razões.
> (...)
> Efetivamente, **é o caso de revisão das razões que levaram à prolação da Pet nº 3.388**, em especial de suas condicionantes e da chamada "teoria do marco temporal".
> (...)
> De outro lado, **vê-se reclamação persistente no sentido de que as dezenove condicionantes não foram previamente e exaustivamente debatidas no julgamento da Pet nº 3.388** (Brasil, 2023, grifos nossos).

Na sequência dos trechos acima citados, o Ministro relator destacou que o prazo decorrido desde a prolação do acórdão de mérito no caso Raposa Serra do Sol (doze anos, à época do início do novo julgamento) fez com o que o tema tivesse alcançado maior amadurecimento pela doutrina e pela jurisprudência, e que nesse novo momento já seria possível "avaliar os efeitos das conclusões ali contidas nas demarcações administrativas de terras indígenas e em seus efeitos nos processos judiciais". Dentre esses efeitos, destacou o eminente relator:

> Dito isso, é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388, longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, diante da assunção pela Administração das condicionantes ali descritas no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil. Longe de um consequencialismo no enfrentamento da matéria, é necessário que se lance novamente um olhar a essas questões, uma vez que a correta hermenêutica do dispositivo constitucional ora em exame representará verdadeira condição de existência e sobrevivência das mais de 300 distintas etnias indígenas de nosso País (...) (Brasil, 2023).

Ao final do julgamento do Tema 1.031, na Sessão de 27/09/2023, pouco mais de dois anos após a primeira sessão pautada para julgamento do RE, em 26 de agosto de 2021, e após as sessões de 1º.9.2021, 02.09.2021, 08.09.2021, 9.9.2021,

15.9.2021, 7.6.2023, 30.8.2023, 31.8.2023, 20.9.2023 e 21.9.2023, o STF fixou tese de repercussão geral com treze enunciados[172].

Com o novo entendimento, o STF afastou, com efeitos vinculantes, a tese do marco temporal[173]:

---

[172] "I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no §6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do §6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei".

[173] E, consequentemente, foi afastada a "teoria do fato indígena". O voto do Ministro Alexandre de Morais é claro quanto ao ponto: "O Supremo Tribunal Federal, naquele momento, ao adotar a ideia de marco temporal, entendeu que a data da promulgação da vigente Constituição, de 5 de outubro de 1988, deveria ser considerado o que, no acórdão, denominou-se uma chapa radiográfica da ocupação

> III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição (Brasil, 2023).

Além disso, o STF estabeleceu todo um regime *sui generis* de indenização que teve como referência a data da promulgação da Constituição, considerando a natureza constitucional da posse indígena. Esse regime abriu as portas para novos capítulos de discussão sobre as demarcações das terras indígenas, diante da possibilidade de autocomposição das controvérsias[174]. Voltaremos a esse ponto adiante.

5.4.2 As reações do legislativo: do PL 2.903/23 à Lei 14.701/23

Em seu voto no paradigmático Tema 1.031, o Ministro Relator apresentou argumentos que, em tese, sedimentariam a supremacia da decisão judicial e impediriam que a nova decisão do STF fosse novamente modificada – pelo menos no sentido de retroceder em termos de proteção dos direitos dos povos originários. Afirmou o eminente ministro que os direitos territoriais indígenas seriam direitos fundamentais, com consequências importantes[175], dentre as quais a qualificação

---

territorial - obrigatório termo referencial cujo objetivo seria impedir a ponderação de interesses fraudulentos de novas aldeias indígenas (que poderiam ser fixadas no local em época posterior), baseado principalmente na paz social e na segurança jurídica, para evitar o recorrente e violento processo de expulsão dos indígenas de suas terras, visando a descaracterizar a tradicionalidade de sua posse. (...) A ideia do marco temporal, a meu ver, não pode ser uma radiografia, como foi colocado. Não é um marco instantâneo que, a partir dele, quem não estivesse naquele momento ou quem não estivesse naquele momento litigando não possa mais pleitear a demarcação. Afasto a ideia do marco temporal. Nesse sentido, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator".

[174] Tocam ao tema, de forma especial, os enunciados IV, V, VI e VI, citados anteriormente.

[175] "De plano, essa qualificação dos direitos territoriais indígenas como direitos fundamentais acarreta quatro consequências relevantes para o julgamento do presente feito. Em primeiro lugar, incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional do artigo citado (...) Em segundo lugar, os direitos emanados do artigo 231 da CF/88, enquanto direitos fundamentais, estão imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário, além de terem sido assumidos pelo Estado Brasileiro perante diversas instâncias internacionais (como, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das nações Unidas sobre os Povos Indígenas). Portanto, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, consistindo em dever estrutural a ser desempenhado pelo Estado, e não meramente conjuntural. Em terceiro lugar, por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver (...). Finalmente, em consonância com o entendimento acima

como cláusulas pétreas, de forma que estariam protegidos inclusive em face de eventuais emendas constitucionais ou outros retrocessos.

A reação do Poder Legislativo foi, no entanto, imediata: no mesmo dia em que o STF aprovou sua tese com repercussão geral, 27 de setembro de 2023, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2.903/2023 que recolocou o marco temporal de 5 de outubro de 1988 como referência para a aferição da ocupação das terras pelos povos indígenas[176].

A clara reação ao decidido pelo STF foi tema de debates. Por um lado, o Senador relator do projeto ressaltou que a declaração de inconstitucionalidade não vinculava o Poder Legislativo. Por outro, houve aqueles que apontaram, diante do que fora recentemente decidido pelo STF, tratar-se de um "teatro juridicamente inconsequente", pois "um projeto de lei não poderia fazer mudanças constitucionais", ou de uma "medida inócua", uma vez que o projeto estaria fadado a ser vetado pela Presidência da República. A seu turno, o Presidente do Senado negou que a aprovação do projeto fosse um enfrentamento ao STF e "pediu foco na conciliação e no respeito entre os Poderes".

Encaminhado à Presidência da República, o projeto foi parcialmente vetado. Em Mensagem encaminhada à Presidência do Senado, o chefe do Executivo informou o veto aos dispositivos que tratavam do marco temporal. Da Mensagem, destacamos o seguinte trecho:

> Ouvidos, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, o Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Ministério dos Povos Indígenas e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos:
> **Caput, incisos I, II, III e IV do caput e § 1º, § 2º, § 3º e § 4º do art. 4º do Projeto de Lei:**
> (...)
> Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no caput do art.231 da Constituição Federal, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE)

manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois se nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", faz-se necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição".

[176]Aprovado no Senado, marco temporal para terras indígenas segue para sanção. Agência Senado. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/aprovado-no-senado-marco-temporal-para-terras-indigenas-segue-para-sancao. Acesso em 30/09/2025.

> nº1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas" (Brasil, 2023).

Embora as razões para o veto tenham sido atribuídas indistintamente aos Ministérios dos Direitos Humanos e da Cidadania, do Meio Ambiente e Mudança do Clima, da Justiça e Segurança Pública, e dos Povos Indígenas, e à Advocacia-Geral da União, pode-se considerar que as razões eminentemente jurídicas que levaram ao veto tenham sido apontadas pela AGU[177], diante das suas atribuições legais[178].

O veto foi derrubado[179], passando a Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023, a contar com a previsão do marco temporal, consagrando, basicamente, o entendimento que havia sido esposado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol[180] e afastado no julgamento do Tema 1.031, com efeitos vinculantes.

5.4.3 As ações contra a Lei 14.701/23 e a uma tentativa de abordagem conciliatória

---

[177] Tentamos obter acesso à manifestação da AGU por meio de solicitação via Lei de Acesso à Informação como forma de evidenciar essa assertiva. No entanto, houve negativa de acesso fundada, nos termos do DESPACHO n. 00006/2025/PROT/SENOR/AGU, em sigilo profissional de advogado, com o objetivo de garantir "a eficácia da curadoria da constitucionalidade das normas pelo Advogado-Geral da União", conforme previsão contida no art. 19, inciso XVI, da Portaria AGU nº 529, de 23 de agosto de 2016, que assim dispõe: "Art. 19. Poderão ter acesso restrito na AGU e na PGF, em decorrência da inviolabilidade profissional do advogado, prevista no art. 7°, inciso II, da Lei n° 8.906, de 4 de julho de 1994, e independentemente de classificação, na forma do art. 22 da Lei n° 12.527, de 2011, as informações, documentos e dados que versem sobre: (...) XVI - manifestações jurídicas elaboradas com a finalidade de apreciação de projeto de lei submetido à sanção ou veto do Presidente da República. (...)".

[178] Conforme já exposto, compete ao Advogado-Geral da União, dentre outras atribuições conexas a essas, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº73, de 1993, "assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes" e "assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração".

[179] Congresso derruba veto ao marco temporal para terras indígenas. Agência Senado. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/14/congresso-derruba-veto-ao-marco-temporal-para-terras-indigenas. Acesso em: 30/09/2025.

[180] Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: (...) § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. § 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo (...).

Como era de se esperar, diversas ações foram propostas em face da nova lei, seja buscando afirmar sua constitucionalidade seja o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

Embora pudesse ser esperada uma reação imediata da corte afirmando a inconstitucionalidade da Lei, diante da afronta à interpretação do STF ao art. 231 da Constituição[181], o Ministro Gilmar Mendes escolheu um caminho que já havia sido sinalizado pelo Presidente do Senado[182]: o da conciliação.

Esse caminho foi concretizado por meio de decisão conjunta tomada nas ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86, na qual o Ministro criou uma Comissão Especial para "apresentar propostas de solução para o impasse político-jurídico" da questão e "propor aperfeiçoamentos legislativos para a Lei 14.701/2023, sem prejuízo de outras medidas legislativas que se fizerem necessárias, voltados à superação do impasse e novo diálogo institucional" (Brasil, 2024).

O Ministro determinou, ainda, a intimação dos autores das ações, "dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo, além da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República" para que "apresentem propostas no contexto de uma nova abordagem do litígio constitucional discutido nas ações ora apreciadas, mediante a utilização de meios consensuais de solução de litígios" (Brasil, 2024). Antes, no entanto, o Ministro Relator fez um alerta:

> Todavia, considero importante registrar que, para sentar-se à mesa, é necessário disposição política e vontade de reabrir os flancos de negociação, despindo-se de certezas estratificadas, de sorte a ser imperioso novo olhar e procedimentalização sobre os conflitos entre os Poderes, evitando-se que o efeito *backlash* seja a tônica no tema envolvendo a questão do marco temporal (Brasil, 2024).

---

[181] O próprio ministro reconheceu que diversos dispositivos da Lei 14.701/2023 poderiam "ser lidos em sentido contrário ao entendimento a que chegou o Plenário desta Corte no julgamento do RE 1.017.365/SC (tema 1031 da repercussão geral)". Detalhou o eminente ministro: "A Lei 14.701/2023, todavia, contém dispositivos que, ao menos em um exame inicial, podem ser interpretados de modo a contrariar parte das teses fixadas no referido julgamento. Os arts. 4º, 31 e 32 da Lei 14.701/2023, ao positivarem preceito segundo o qual a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida impede a caracterização da área como terra tradicionalmente ocupada, mostra-se, em um primeiro olhar, incompatível com a terceira tese fixada no julgamento do RE 1.017.365/SC, que estabelece que "a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988". (...) No particular, chamo a atenção ao exíguo lapso temporal transcorrido entre o julgamento do RE 1.017.365/SC, concluído em 27.9.2023, e a edição da Lei 14.701/2023, de 23.10.2023, cujas partes vetadas foram promulgadas em 27.12.2023. Nesse curto período de tempo, não houve alteração na norma constitucional de parâmetro que justificasse eventual rediscussão do entendimento a que chegou o Supremo Tribunal Federal a seu respeito(...)".

[182] Como visto anteriormente, quando da aprovação do PL 2903 o Presidente do Senado, Senador Rodrigo Pacheco "pediu foco na conciliação e no respeito entre os Poderes".

É verdade que nem todos mantiveram-se à mesa todo o tempo[183]. Ainda assim, diversas reuniões da Comissão ocorreram e os trabalhos evoluíram "a contento, com debates aprofundados acerca da controvérsia e aportes relevantes de experts sobre o tema"[184]. Os avanços alcançados levaram o Ministro Gilmar Mendes a prorrogar o prazo de duração dos trabalhos, originalmente previsto para ser encerrado em 18 de dezembro de 2024, para 28 de fevereiro de 2025.

Ao aproximar-se o final deste novo prazo, a Advocacia-Geral da União requereu[185] a suspensão dos trabalhos da Comissão Especial para que pudessem ser analisadas as propostas apresentadas na mesa de conciliação, tanto para melhor prosseguimento dos debates quanto para que pudesse ser construída proposta de conciliação tendo como eixos principais os procedimentos demarcatórios e as indenizações cabíveis[186]. O pedido foi acolhido e a União apresentou proposta de aprimoramento do Anteprojeto de Lei Complementar examinado pela Comissão Especial[187].

O Senado Federal e a Câmara dos Deputados solicitaram a prorrogação do prazo de trabalho da Comissão, com o que anuiu a União, que, ademais, solicitou prazo "para a elaboração de plano de ação voltado à solução concreta do passivo relacionado às terras declaradas após 27 de setembro de 2023 e que se encontram pendentes de homologação"[188]. No prazo previsto[189], a AGU apresentou ao STF um

---

[183] Representantes da Articulação dos Povos Indígenas se retiraram da negociação na abertura da terceira reunião da comissão de conciliação. TV Globo. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/09/09/marco-temporal-apos-saida-de-indigenas-gilmar-mendes-afirma-que-conciliacao-nao-sera-paralisada.ghtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=share-bar-mobile&utm_campaign=materias. Acesso em: 30/09/2025.

[184] Decisão monocrática de 21 de novembro de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372262159&ext=.pdf. Acesso em 30/09/2025.

[185] Gilmar suspende por um mês conciliação do marco temporal indígena. Agência Brasil. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2025-02/gilmar-suspende-por-um-mes-conciliacao-do-marco-temporal-indigena. Acesso em: 30/09/2025.

[186] Petição disponível em: https://infoamazonia.org/wp-content/uploads/2025/02/paginador-25_250220_215645.pdf. Acesso em 30/09/2025.

[187] Conforme contido na decisão monocrática de 24/04/2025, disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15376100902&ext=.pdf. Acesso em: 30/09/2025.

[188] Ibidem.

[189] Avançamos na pauta do marco temporal, diz Gilmar Mendes à CNN. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ifvHrh1O6MM. Acesso em: 30/09/2025.

Plano Transitório para Regularização das Terras Indígenas em Litígio Judicial[190]. O Plano levou em consideração algumas possibilidades que haviam sido debatidas e deixadas em aberto pelo STF no julgamento do Tema 1.031, sobretudo na perspectiva indenizatória. O plano previu, dentre outras questões, a possibilidade de responsabilização civil dos estados em razão da concessão indevida de títulos de propriedade em terras indígenas a pessoas de boa-fé. Além disso, apontou a necessidade de harmonização dos interesses e compreensões sobre o tema concretizadas no julgamento do Tema 1.031 pelo STF, na promulgação da Lei 14.701, de 2023, e nas discussões promovidas no âmbito da Comissão Especial, instituída nessas ações com o objetivo de se alcançar uma solução consensual para as controvérsias envolvendo o assunto. O Plano foi instituído, assim, "com o objetivo de viabilizar a conclusão de procedimentos demarcatórios e a conciliação com particulares detentores de títulos válidos de propriedade ou posse sobre áreas total ou parcialmente sobrepostas a terras indígenas"[191].

O Plano proposto pela AGU trouxe algumas exigências necessárias à instauração da mediação, especialmente a comprovação de existência de posse decorrente de título concedido por ato estatal e posse não indígena da terra no momento da promulgação da Constituição. Previu, ainda, excepcionalmente, a possibilidade de indenização aos ocupantes de boa-fé assentados e titulados por órgãos fundiários federais, após 5 de outubro de 1988, em áreas sobrepostas a terras indígenas, que não possam ser reassentados.

---

[190] AGU apresenta ao STF plano de regularização de terras indígenas em disputa judicial. Advocacia-Geral da União. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-ao-stf-plano-de-regularizacao-de-terras-indigenas-em-disputa-judicial. Acesso em: 30/09/2025.

[191] De forma mais específica, o Plano Transitório para Regularização das Terras Indígenas em Litígio Judicial tem as seguintes finalidades indicadas em seu art. 2º: "(a) assegurar, em caráter excepcional e temporário, solução consensual para cada uma das Terras Indígenas arroladas no Anexo I; (b) instituir mediações conduzidas pela Comissão Nacional de Soluções Fundiárias, em articulação com as Comissões Regionais de Soluções Fundiárias, com participação da Funai, dos demais entes federados, das comunidades indígenas envolvidas e de todos os titulares ou possuidores elegíveis; (c) simplificar a negociação e o pagamento das indenizações, benfeitorias necessárias e úteis e demais valores vinculados à ocupação de boa-fé; (d) permitir a suspensão dos processos judiciais correlatos, favorecendo a autocomposição, a segurança jurídica e a pacificação social; (e) garantir a análise técnica da validade dos títulos e da cadeia dominial, em cooperação com o CNJ e os cartórios de registro de imóveis; (f) estabelecer cronograma de desocupação e fluxo de pagamentos, com quitação do saldo por precatório; (g) consolidar a nua-propriedade das áreas em favor da União e destiná-las à posse permanente e ao usufruto exclusivo das comunidades indígenas, assegurando a oferta dos serviços públicos essenciais; (h) definir prazos, responsabilidades e mecanismos de acompanhamento que viabilizem a conclusão de cada conciliação em até um ano, observada a disponibilidade orçamentária".

Observa-se, portanto, atuação efetiva e proativa da AGU e do Poder Executivo também com vistas à solução dos impasses jurídicos e políticos no caso[192].

[192] Plano Transitório para Regularização das Terras Indígenas em Litígio Judicial. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-ao-stf-plano-de-regularizacao-de-terras-indigenas-em-disputa-judicial/PlanoTransitrioProtocoladoAGU.26.06.20251.pdf. Acesso em 30/09/2025.

6 RAPOSA SERRA DO SOL, DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E A AGU

6.1 A pertinência do caso ao exame da hipótese

Iniciamos o capítulo anterior tecendo algumas considerações metodológicas sobre a pesquisa. Ali, rememoramos nossa hipótese: acreditávamos na proposição de que a AGU tem um papel singular na construção dos sentidos da Constituição, tendo como suporte teórico os Diálogos Constitucionais. Imaginávamos, ainda, que poderíamos evidenciar o acerto da hipótese – e, portanto, da singularidade dessa sua atuação – por meio de um estudo de caso. Finalmente, supúnhamos que o caso selecionado – o julgamento da Petição 3.388 (Raposa Serra do Sol), e especialmente a análise dos fatos que se sucederam à decisão – seria pertinente a esse propósito.

Agora, devemos olhar retrospectivamente para essas proposições para analisá-las criticamente e, então, procurarmos responder à indagação original: *podemos afirmar, a partir do estudo sobre a atuação da AGU após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo STF (PET 3388 RR) e diante dos acontecimentos subsequentes relacionados à interpretação sobre o marco temporal a ser observado na demarcação das Terras Indígenas, que essa instituição desempenha um papel singular na construção dos sentidos da Constituição, com fundamento nos Diálogos Constitucionais?*

6.2 O caso e os Diálogos Constitucionais

Acreditávamos que a análise da decisão do STF no julgamento do caso Raposa Serra do Sol e das reações subsequentes a ela seria pertinente ao propósito da pesquisa. Quanto ao ponto, o caso escolhido se mostrou efetivamente apropriado, sendo um bom exemplo das interações que podem ocorrer entre os Poderes em meio a divergências sobre o sentido da Constituição, em sintonia com proposições típicas dos Diálogos Constitucionais.

De forma específica, o caso nos permite observar que a supremacia judicial, ou seja, a ideia de que as Cortes detêm a palavra final sobre o sentido da Constituição, não pode ser compreendida, no Brasil, em sentido forte. No caso em estudo, nem mesmo uma decisão vinculante do STF colocou fim nas discussões sobre o significado da Constituição. Ainda hoje, quando encerramos essa dissertação, há um

impasse político-jurídico a ser solucionado[193]. O caso evidencia, portanto, a perspectiva trazida pelos Diálogos Constitucionais de que em uma democracia não há quem detenha uma palavra final sobre os sentidos da constituição.

O caso também demonstra a existência de instrumentos que permitem que o Poder Legislativo reaja a interpretações da Constituição realizadas pelo Supremo Tribunal Federal das quais discorde. Sobre esse aspecto, Rodrigo Brandão (2022, p. 364/365) salienta que, embora as emendas constitucionais sejam o instrumento tipicamente apropriado para reverter entendimentos do STF sobre a constitucionalidade das leis, também seria possível uma reabertura do debate por meio da aprovação de novas leis ordinárias em sentido contrário à interpretação dada Corte. No caso, como vimos, o Poder Legislativo sequer precisou lançar mão de uma emenda para reagir à decisão: valeu-se de legislação ordinária, e conseguiu, com ela, recolocar o tema em discussão. O exemplo é ilustrativo, portanto, da possibilidade de reação do Parlamento a uma interpretação da Corte que divirja daquilo que ele entende ser a correta interpretação da Constituição.

É verdade que essa reação do Poder Legislativo é dotada de parco caráter deliberativo[194]: essa atitude mostra a irresignação contra o entendimento judicial, mas não agrega argumentos que possam efetivamente colaborar para uma nova abordagem sobre o tema. Apesar desse déficit deliberativo, Rodrigo Brandão (2022, p. 314) destaca que a aprovação de leis dessa espécie tem vantagens em comparação com uma eventual não implementação da decisão, na medida em que confere maior transparência à reação legislativa e, assim, viabiliza que os interessados possam se mobilizar, além de permitir que a Corte possa reexaminar a constitucionalidade da norma.

Além de analisar a reação legislativa, o caso também nos permite observar a resposta do STF a esse movimento. Embora a Corte houvesse sinalizado no julgamento do Tema 1.031 a existência de óbices jurídicos que tornariam sua

---

[193] Afirmou o eminente ministro Gilmar Mendes, relator das ações que questionam a constitucionalidade da Lei nº 14.701, de 2023: "...qualquer resposta advinda dos métodos tradicionais não porá fim à disputa político-jurídica subjacente, merecendo outro enfoque: o da pacificação dos conflitos, na tentativa de superar as dificuldades de comunicação e entendimentos em prol da construção da solução por meio de um debate construído sob premissas colaborativas e propositivas voltadas a resolver os impasses institucionais e jurídicos advindos da Lei 14.701/2023" (DECISÃO CONJUNTA ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86).

[194] Brandão fala sobre os "casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pautou por uma "conversa deliberativa", mas por uma lógica conflituosa. Refere-se às ´leis in you face´, assim compreendidas as leis destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável" (2022, p. 307-308).

interpretação imune inclusive a eventual emenda à Constituição, por se tratar de cláusula pétrea, o STF não bloqueou a rediscussão do caso. Pelo contrário, a Corte procurou um caminho dialógico, voltado à autocomposição do conflito. De forma concreta, o Ministro Gilmar Mendes, relator das ações que questionavam abstratamente a constitucionalidade da Lei n º 14.701, de 2023, apontou como ingrediente necessário a essa reabertura do debate "disposição política e vontade de reabrir os flancos de negociação, despindo-se de certezas estratificadas (...) evitando-se que o efeito *backlash* seja a tônica no tema envolvendo a questão do marco temporal" (Brasil, 2024)[195]. O caso demonstra, assim, a busca por uma governança colaborativa do conflito, na qual o STF atua como mediador[196]. Essa dinâmica também é ilustrativa de conceitos desenvolvidos pelos Diálogos Constitucionais, em especial, na tipologia de Bateup (2006), pelas teorias estruturais do diálogo[197]. Nessa nova rodada, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura de autocontenção e, com isso, reduziu os riscos de uma escalada do conflito rumo a uma crise institucional.

Também observamos que apesar de toda a controvérsia sobre o tema do marco temporal, não houve insurgência legislativa em relação aos casos concretos julgados pelo STF. Nesse sentido, o caso parece ilustrar a proposição de que se deve diferenciar a última palavra sobre o sentido da Constituição para o passado e para o futuro (Brandão, 2022, p. 361). As reações institucionais não tiveram o caso concreto como cavalo de batalha, mas sim à pretensão de se atribuir efeitos vinculantes à decisão. Nesse sentido, o caso ilustra que decisões judiciais podem colocar fim a uma demanda concreta, configurando uma supremacia judicial em relação ao caso, mas o sentido da Constituição permanece em aberto para o futuro.

---

[195] Vale ressaltar que, embora a possibilidade de que legislador ordinário reverta precedentes do STF seja controversa, o ministro já havia sustentado que esse expediente seria uma forma "de reabrir o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário sobre a melhor forma de concretizar a Constituição" (Brandão, 2022, p. 381). Brandão cita manifestação do Ministro, no qual ele afirma que "não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a `última palavra´ dada pelo Supremo Tribunal Federal se o legislador federal (re)incide, cria ou regula (...) matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar" (Brandão, 2022, p. 382).

[196] Conforme decidiu o ministro relator na Decisão Conjunta na ADC 87: "Diante desse cenário, entendo que deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico de superação do conflito, por meio da governança judicial colaborativa, com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas imbricadas trazidas pelos interessados. (...)" (Brasil, 2024).

[197] Aileen Kavanagh defende uma governança constitucional colaborativa compartilhada pelos poderes: "[the branches of government] are constituent parts of a constitutional system where each depends on the others to carry out their role as part of the 'common project of governance´" (Kavanagh, 2023, p. 97).

Finalmente, o caso também nos parece ser ilustrativo da pertinência das ideias de rodadas procedimentais e última palavra provisória apresentadas por Conrado Hübner Mendes (2008). Como vimos, as divergências em torno do marco temporal tiveram diversos *rounds*, com idas e vindas da jurisprudência do STF e mobilização de outros atores institucionais e da sociedade civil. Relembremos brevemente essas rodadas: o julgamento, com o estabelecimento das salvaguardas constitucionais, ocorreu em 2009 e foi concluído em 2013, com o acórdão nos embargos de declaração, que veio a ser publicado em 2014. Essa decisão afastava a teoria do indigenato e inaugurava a teoria do fato indígena, com o reconhecimento da necessidade de ocupação atual das terras indígenas na data da promulgação da Constituição (adoção da tese do marco temporal). Nesse período houve a publicação de Portaria nº 303, da AGU, em 2012, determinando a aplicação das salvaguardas às demais demarcações em curso. A portaria teve sua vigência seguidamente adiada, diante de fortes reações contrárias. Em 2017, parecer da AGU foi submetido ao Presidente da República e se tornou vinculante para toda a Administração Pública Federal, tratando especialmente do marco temporal. O parecer foi suspenso por decisão monocrática em 2020, e, em 2023, com o julgamento do Tema 1.031, o STF afastou a exigência do marco temporal, agora em decisão com efeitos vinculantes. Imediatamente, o congresso aprovou lei ordinária se contrapondo ao entendimento do STF e reafirmando o critério do marco temporal. O Poder Executivo vetou, por inconstitucionalidade, os dispositivos que entravam em choque com as teses firmadas pelo STF, e os vetos presidenciais foram derrubados pelo Congresso. Desde então o Supremo Tribunal Federal vem buscando resolver a questão, agora por meio de uma estratégia dialógica. Por mais de uma vez, portanto, atores institucionais variados fizeram prevalecer suas opiniões, ainda que temporariamente, até que uma nova oportunidade de rediscussão da tese se apresentasse.

6.3 O que o caso nos mostra sobre a atuação da AGU

Assim como se mostrou pertinente à análise das aplicações doutrinárias sobre Diálogos Constitucionais, o caso também se mostrou apropriado para o estudo, de forma específica, da atuação da AGU.

Um primeiro ponto relativo à atuação da AGU revelado pelo estudo é que, sobretudo em casos de maior complexidade social, histórica, política e jurídica, a

decisão judicial está longe de colocar um ponto final nas discussões, e, nesse contexto, a interpretação da decisão realizada pela AGU tem especial importância. Ao interpretar as decisões judiciais de forma a lhes dar exequibilidade, a AGU agrega novas páginas àquelas escritas, com pretensão de terminalidade, pelo STF. Assim, a última palavra do Guardião da Constituição assume um caráter de provisoriedade, e o sentido do texto – da decisão judicial e da própria Constituição – passa a ser "revelado pelo intérprete que constrói algo novo conforme as nuances que percebe" (Gontijo, 2019, p.287)

No caso, vimos que, após o julgamento da PET 3.388, a AGU elaborou sua manifestação de forma a esclarecer dúvidas que lhe foram levadas por órgãos e entidades responsáveis pela implementação da decisão. Dessa forma, o Parecer AGU/CGU/DENOR nº 11, de 2009, originalmente elaborado com o intuito de interpretar a decisão do STF na PET 3.388 a pedido da FUNAI, foi ajustado, em razão de ponderações trazidas por variados órgãos efetivamente impactados pela implementação das condicionantes. A AGU elaborou nova manifestação, o Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, de 2010, que veio a ser efetivamente aprovado pelo Advogado-Geral da União.

Essas dúvidas e divergências demonstram que a decisão do Supremo Tribunal Federal não encerrou a discussão sobre temas importantes que foram enfrentados no acórdão. Coube à AGU interpretar a decisão, levando em consideração os pontos de vista trazidos pelos órgãos impactados e, ao fazê-lo, a AGU agregou novas palavras àquela que supostamente seria, em uma visão ortodoxa de supremacia judicial, a última palavra sobre o sentido da Constituição. Nesse sentido, o caso evidencia ao mesmo tempo a complexidade e a importância da atividade de interpretação das decisões judiciais realizadas pela AGU, sobretudo daquelas relacionadas ao exercício da jurisdição constitucional.

O caso também evidencia um ponto sensível da atuação dessa instituição que se situa no limite – ou numa interseção - entre o papel de intérprete das decisões do STF e o de uniformizador dos entendimentos jurídicos da administração federal: a responsabilidade de zelar pela aplicação coerente do direito brasileiro em casos complexos, inclusive em meio a oscilações jurisprudenciais.

No Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 2017, a AGU fez referência ao Decreto nº 2.346, de 1997, que estabelece a obrigatoriedade de que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade sejam observadas por

toda a administração federal, inclusive nos casos de declaração incidental nas quais tenha havido a suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição[198].

O Decreto também regulamenta a hipótese de ampliação dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto mediante proposta das autoridades nele indicadas, dentre as quais o Advogado-Geral da União. Essa prerrogativa parece guardar semelhança com aquela exercida pelo Senado Federal. No entanto, se, no caso do Senado Federal, a ampliação dos efeitos é uma opção eminentemente política, no caso da AGU essa prerrogativa é, acima de tudo, um dever institucional. Não custa mais uma vez lembrar que a AGU é, nos termos do art. 131 da Constituição da República, a instituição à qual cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, e a quem a Lei Complementar atribuiu competência para "fixar a interpretação da Constituição (...) a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal", "unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal", e "editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais", nos termos dos incisos X, XI e XII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993. Cabe a ela, portanto, assegurar que haja, da parte do Poder Executivo, uma consistente observância do direito.

A previsão contida no Decreto nº 2.346, de 1997, tem como pano de fundo a obrigatoriedade de que a administração observe os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade. No caso de demarcações de terras indígenas, admitir que determinadas etnias, ou mesmo eventuais terceiros de boa-fé, que estejam em situações similares, sejam submetidos a regras distintas para efetivação de seus direitos, fomenta um cenário de insegurança jurídica. Preocupação similar é manifestada por Rodrigo Brandão (2022, p. 356):

> Quanto ao judiciário, a incorporação no Brasil do controle de constitucionalidade difuso e incidental norte-americano sem a doutrina da vinculação aos precedentes da Suprema Corte deu azo a um sistema caótico de controle de constitucionalidade, que não se compatibilizava com os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Explica-se: como as decisões

[198] Essa competência do Senado Federal nos parece um exemplo de instrumento dialógico conhecido pelo constitucionalismo brasileiro bastante antes dos instrumentos implementados pela Carta de Direitos Canadense, reconhecida como fundamental à teoria dos diálogos constitucionais que veio a ser desenvolvida posteriormente.

> de inconstitucionalidade do STF somente produziam efeitos *inter partes*, casos iguais, porém com partes diferentes, poderiam ser julgados de forma distinta pelos juízes brasileiros. O risco de soluções discrepantes para casos iguais prevalecerem contrariava a igualdade e estimulava o personalismo, que, sendo um dos traços da transformação cultural brasileira, tem dificultado sobremaneira a aplicação impessoal da lei no Brasil. (...)
> (...)
> Quanto à vinculação da Administração Pública às decisões constitucionais do STF, já se demonstrou que a tradição brasileira de vinculação da decisão apenas às partes do processo fez com que, antes de 1988, a Constituição só potencialmente limitasse a ação do Estado e de particulares em favor daqueles que tinham acesso à Justiça. Desta forma, os efeitos *inter partes* fizeram com que os órgãos administrativos, em larga medida, não conformassem o seu atuar com as decisões do STF, circunstância que reduziu em muito a influência das limitações constitucionais a função administrativa.

Embora nosso processo constitucional tenha incorporado mecanismos que ampliam a vinculação da Administração Pública e do próprio Judiciário aos precedentes do STF, mitigando as fragilidades acima, casos complexos seguirão apresentando desafios para uma atuação estatal coerente, de forma a demandar a atenção da AGU e as cautelas apontadas.

Finalmente, o estudo de caso nos permitiu chegar à atuação da AGU nas ações em face da Lei nº 14.701, de 2023. Como vimos, a AGU apresentou, na Comissão Especial criada pelo Ministro Gilmar Mendes nas ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86, propostas de aprimoramento do anteprojeto para alterar essa lei, e um Plano Transitório para Regularização das Terras Indígenas em Litígio Judicial.

O caso é emblemático do papel dialógico que a AGU exerce como intérprete da Constituição, como protagonista dos processos constitucionais (seja como curador das leis, seja como representante judicial da União), e como instituição responsável pela orientação jurídica da administração pública federal[199], funções que também lhe demandam a capacidade de ouvir, mediar e orientar os diversos órgãos do Poder Executivo.

---

[199] Há, nesse sentido, grande convergência com a percepção de Aileen Kavanach sobre papel similar no contexto Britânico: "In the cast of constitutional actors tasked with defending constitutional values within the Executive branch, the Attorney General and the Law Officers are of pivotal importance. As the senior legal advisers to the Government, the Law Officers have a core responsibility to ensure that the Government acts in accordance with law and the rule of law. (…) By combining the legal gravitas of a high-calibre lawyer with the political credibility of a fellow Minister who knows how politics works from the inside, the Attorney General's advice commands authority and respect within Cabinet. Therefore, it is precisely the combination of political acumen and legal stature which equips the Attorney General to 'advise, assist, and if necessary challenge a fellow Minister'. By simultaneously being a legal expert and a Ministerial colleague who is 'able to speak the language of ministerial government', the AG is well-placed to remind the government of its constitutional obligations, offering 'a guiding hand' – and sometimes 'a restraining hand' – to moderate legislative proposals and help them comply with the rule of law. For this reason, the Law Officers are sometimes described as 'Ministers for the rule of law'."

Diante de todo o exposto, acreditamos que o estudo do caso confirmou a hipótese da pesquisa, sendo possível afirmar que a AGU desempenha um papel singular na construção dos sentidos da Constituição, sobretudo no contexto dos Diálogos Constitucionais.

6.4 Cuidados que o papel de intérprete da Constituição exige da AGU

Embora pudéssemos encerrar a pesquisa com o que acreditamos ser a demonstração da sua hipótese, o estudo nos trouxe, como sói acontecer, novas inquietações.

O caso evidenciou a importância e a posição singular da AGU como intérprete da Constituição, mas também nos parece sinalizar alguns cuidados que essa instituição deve ter ao exercer essas relevantes funções. Em outras palavras, a constatação de que a AGU exerce um relevante papel de intérprete da Constituição atrai responsabilidades e cautelas igualmente importantes.

A pesquisa nos levou a tratar, mais detidamente, de duas importantes atribuições da AGU: interpretar decisões judiciais[200], notadamente aquelas relacionadas ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF, e uniformizar os entendimentos jurídicos a serem observados pelo Poder Executivo Federal[201].

Embora essas sejam atividades distintas, elas podem, em alguns casos, se embaralhar, e o caso em estudo parece ser justamente um deles: não parece ter ficado suficientemente claro, nem na Portaria AGU nº 303, de 2012, e nem no Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 2017, se a AGU estava orientando a Administração Pública quanto aos limites da decisão proferida pelo STF, se estava fixando sua própria interpretação sobre o alcance do art. 231 da Constituição, ou se estava fazendo as duas coisas em um mesmo documento. A crítica de Manoel Castilho Volkmer ao parecer vinculante parece estar situada em meio a essa incerteza:

---

[200] Como já exposto, trata-se de atribuição especificamente prevista no art. 37, III, da Lei nº 13.327, de 2016, que assim dispõe: “Art. 37. Respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos de que trata este Capítulo, compete a seus ocupantes (...) III - interpretar as decisões judiciais, especificando a força executória do julgado e fixando para o respectivo órgão ou entidade pública os parâmetros para cumprimento da decisão;”.

[201] Prevista especialmente no inciso X do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993: “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;”.

> a proposição de parecer com efeitos obrigatórios para todos os órgãos da administração pública federal **não tem base no aresto invocado e ao torná-lo vinculante quando não o é na Corte termina por violar também o veredicto do STF** pois faz dele paradigma de interpretação que não é dele. Se é certo que a dicção constitucional que se revela objetivamente prevalecente é a que o Supremo Tribunal Federal dita no exercício da jurisdição que lhe compete, o Parecer GMF 05/2017 AGU tornando obrigatória aos entes administrativos inteligência diversa incorre em manifesta oposição à Constituição. Em outras palavras, cuida-se de orientação normativa inconstitucional (Castilho, 2018).

O autor da crítica parte de uma premissa correta: não se pode extrair da decisão do STF a obrigatoriedade de observância das salvaguardas fixadas no dispositivo da PET 3.388 para outros casos. Como visto, essa possibilidade foi expressamente afastada pelo próprio STF, ao julgar os embargos de declaração opostos em face da decisão. Não parece haver dúvidas, portanto, de que a referida decisão não possuía efeitos vinculantes, em sentido técnico. Assim, se o papel da AGU se resumisse a conferir exequibilidade à referida decisão judicial, a crítica seria apropriada, e não haveria dúvidas de que teria exorbitado de sua função ao atribuir à decisão efeitos que normativamente ela não possui.

No entanto, como vimos, a AGU tem também uma outra responsabilidade: a de zelar pela atuação juridicamente coerente da administração pública federal. A atuação uniforme da administração pública decorre da exigência dos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*) e da impessoalidade (art. 37, *caput*), de forma a prevenir conflitos e fomentar a segurança jurídica.

É evidente que as decisões do STF têm grande força persuasiva, como afirmou a Corte no julgamento dos Embargos de Declaração da PET 3.388, mas, no exercício dessa função, a AGU não pode atuar "a reboque" da jurisprudência do STF, como se sua atuação fosse meramente mecânica ou automática[202]. Esse modo de agir mais complexo e cauteloso é, inclusive, expressamente reconhecido e afirmado pelo Consultor-Geral da União em seu Despacho nº 503/2010, que aprovara o Parecer nº 11, de 2010:

---

[202] Relembremos o que disse o Ministro Fachin em seu já citado voto no julgamento do Tema 1.031 "Logo, é evidente que a própria Corte não admitiu que as condicionantes da Pet nº 3.388 pudessem ser conformadas pelo ordenamento como representativas de um precedente, a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, **bem como espraiar seus efeitos de forma automática à Administração Pública** na análise dos processos demarcatórios. De outra parte, ainda que se compreendesse que o acórdão relativo ao caso Raposa Serra do Sol representasse, efetivamente, a força vinculante de um precedente, sobejariam razões para que a Corte reavaliasse a presença dos requisitos para a superação de algumas de suas razões" (grifo nosso).

> A matéria foi distribuída (...) [e] mereceu cuidadosa análise que abrangeu o vasto conjunto de informações disponível sobre o tema, incluindo o acórdão do STF, as manifestações dos órgãos e entidades da administração pública federal consultados, além das ponderações encaminhadas, ao final, pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI (Brasil, 2010).

É verdade que o Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU, de 2017, vinculante para a Administração Federal, fundamentou suas conclusões fortemente na jurisprudência do STF. A maior parte dessa manifestação, já dissemos, tratou especificamente do alcance das decisões do STF. Embora compreensível, sobretudo em um caso atípico como o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o foco do parecer em argumentos que atribuem ao STF a responsabilidade pela interpretação que estava sendo ali consolidada pode ter colaborado para uma incorreta compreensão dos papeis da instituição.

Uma primeira lição que pode ser extraída do caso estudado consiste, portanto, na importância de se tratar com maior clareza a distinção dessas atividades. Parece-nos que, em situações como essa, a AGU deva exercer, de forma autônoma, transparente e fundamentada, sua função de intérprete da Constituição. Deve, evidentemente, dar a devida atenção à decisão sob análise e à jurisprudência mais abrangente, mas sem se limitar a reproduzir a decisão judicial ou a compilar a jurisprudência sobre o tema. Mais ainda, deve se valer de sua posição constitucional de consultora e assessora jurídica do Poder Executivo, que lhe confere capacidades institucionais bastante próprias, para colaborar nesse projeto coletivo e colaborativo de interpretação constitucional.

Ao exercer esse papel de forma autônoma e crítica, a instituição pode chegar a pelo menos três conclusões ou caminhos passíveis de serem seguidos. Por um lado, a AGU pode considerar que a decisão, embora tomada em controle incidental de constitucionalidade seja, de fato, o entendimento mais consistente com o ordenamento jurídico não apenas para o caso concreto, mas de forma ampla. Nesses casos, a AGU pode orientar à administração que atue conforme o entendimento abrangente a que chegou a instituição, com as cautelas que entenda pertinentes, servindo a decisão judicial – e a jurisprudência em geral – como um dos fundamentos do parecer. Nesse caso, a orientação geral não é um mero desdobramento automático da decisão judicial. Por esse percurso, a AGU pode inclusive se valer da submissão

de parecer vinculante à Presidência da República, com fundamento no Decreto nº 2.346, de 1997, e nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

A AGU pode, seguindo outro caminho, concluir que a interpretação constitucional adotada pelo STF em determinado julgamento não é a que melhor confere coerência ao direito brasileiro de forma geral, seja em razão de singularidades do caso julgado ou de complexidades que podem não ter sido analisadas a contento no julgamento. Se for seguir por essa linha, a AGU deve orientar a administração sobre como proceder de forma a cumprir o caso concreto, delimitando o alcance da decisão.

Mas a AGU também pode compreender que a resolução do caso não assegura a efetividade da Constituição, de acordo com sua compreensão sobre o tema. Nesse caso, a instituição pode, por exemplo, sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público, conforme competência que lhe é atribuída pelo inciso IX do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993. Essas medidas poderiam ser judiciais, como o ajuizamento de ações constitucionais que levariam a uma discussão mais ampla do tema; legislativas, por meio da edição de medida provisória ou pelo encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional; ou administrativas, com o ajuste dos regulamentos administrativos observados pelo Poder Executivo[203].

Também é interessante observar que, normativamente, cabe à AGU exercer, em relação à administração pública federal, a guarda da Constituição e das leis do país, sobretudo em razão do que dispõem os multicitados incisos X, XI e XII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993. Seu papel se assemelha, nesse sentido, com aquele exercido pelo próprio Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que suas decisões possuem efeitos vinculantes, mas, no caso da AGU, a vinculação tem menor abrangência: se, no caso do STF, a vinculação alcança “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103-A da Constituição), no caso da AGU, a vinculação se dá em face

[203] Rodrigo Brandão (2022, p. 357) sustenta a impossibilidade de que órgãos administrativos e judiciais atuem contrariamente aos precedentes do STF. No entanto, ressalta, isso “não significa que os “órgãos administrativos e judiciais serão manietados aplicadores dos entendimentos constitucionais do STF”. Segundo o autor, essas autoridades poderão afastar os precedentes apresentando distinções relevantes do caso concreto para o caso paradigma (distinguish). Além disso, afirma que apesar da impossibilidade de superarem os precedentes (overruling), isso “não significa que eles devam se resignar com interpretação constitucional que lhes pareça equivocada, podendo essas autoridades “pressionar o Legislativo a aprovar norma superadora do precedente...”.

de seus demais órgãos[204], que exercem a consultoria jurídica e a representação judicial da União, inclusive das mais de 150 (cento e cinquenta) autarquias e agências que integram a administração pública federal, e, no caso de manifestações aprovadas pelo Presidente da República, a toda a administração federal, direta ou indireta[205].

Nesse sentido, poderíamos dizer que cabe à AGU *a última palavra* na interpretação da Constituição para o Poder Executivo Federal (se houvesse uma última palavra). Ao exercer suas funções, é inevitável que a AGU influencie diretamente nas decisões que serão tomadas pelos agentes públicos e, assim, na própria na conformação das políticas públicas, sobretudo se considerarmos que há ônus – pessoal, institucional e político – a ser suportado pelo gestor e pelas instituições que não observem as orientações da AGU.

Esse constrangimento replica, em boa medida, toda aquela tensão que permeia a relação entre constitucionalismo e democracia que já foi explorada na primeira parte desta dissertação: a AGU tem o dever de dizer aos governantes, quando for o caso, que eles não podem governar como desejam[206]. Sendo assim, as preocupações de caráter democrático dirigidas à jurisdição constitucional também servem de alerta para a AGU. Em sua proposta de uma Constituição Colaborativa, Aileen Kavanagh fala dessa "tensão dialética entre as forças da responsabilidade eleitoral e da independência especializada" (Kavanagh, 2023, p. 145, tradução nossa)[207]:

> Embora todos os juristas tenham o dever de zelar pela integridade do sistema jurídico, os advogados do serviço público exercem um papel mais destacado de "advogar em prol do Estado de Direito". Dada sua relativa distância da vontade política, os advogados do governo podem desempenhar um "papel mediador" entre o direito e a política, canalizando e sinalizando o valor dos direitos e do Estado de Direito dentro do domínio político.
> Isso se aplica de forma ainda mais intensa ao Advogado-Geral, enquanto principal assessor jurídico do Governo. Em vez de ser um "pistoleiro

[204] Dispõe a Lei Complementar nº 73, de 1993: "Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: (...) II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União (...). Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas. Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar".

[205] Também dispõe a Lei Complementar: "Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência".

[206] Como afirma Kavanagh (2023, p. 134), especialmente em trecho citado na Nota de Rodapé 199.

[207] Texto no original (em inglês): "…dialectic tension between the forces of electoral accountability and specialised independence…".

> contratado que aceita passivamente as propostas políticas do Executivo", espera-se que o Advogado-Geral atue como a consciência constitucional à mesa do gabinete (Kavanagh, 2023, p. 145, tradução nossa)[208].

Parece-nos importante, portanto, para bem desempenhar suas funções, que a AGU esteja consciente de que está inserida em uma rede de instituições que compartilham, de acordo com suas possibilidades, a tarefa de interpretar a Constituição. Assim como acontece com os demais parceiros, ela possui capacidades e limitações institucionais que lhe impõem, por um lado, a responsabilidade de se empenhar para oferecer, a partir de seu ponto de vista, a melhor solução possível para os dilemas constitucionais, e, por outro, lhe demandam uma postura de prudência e humildade para reconhecer suas limitações.

A responsabilidade se revela especialmente, nos parece, no compromisso de oferecer ao público os fundamentos mais elaborados de que dispõe em favor daquela que seja, em sua visão, a melhor interpretação da Constituição. Sonegar esses fundamentos do debate público impede o desenvolvimento dos diálogos interinstitucionais (Cruz; Guimarães, 2016, p. 574).

A prudência[209] é um ingrediente fundamental nessa receita: uma instituição que "resiste à tentação dos imperativos morais, tolera acomodações e abaixa velocidade das mudanças, valoriza o consentimento"[210]. A humildade, por sua vez, consiste sobretudo em reconhecer suas limitações institucionais[211], não para se calar ou se

---

[208] Texto no original (em inglês): "Whilst all lawyers have a duty to uphold the integrity of the legal system, public service lawyers have amorepronouncedroleof 'lawyering for the rule of law'. Given their relative detachment from political will, government lawyers can play a 'mediating role' between law and politics, channelling and signposting the value of rights and the rule of law within the political domain. This applies most acutely to the Attorney General as Chief Legal Adviser to the Government. Rather than being a 'hired gun who meekly accedes to executive policy proposals', the Attorney General is expected to be the constitutional conscience around the Cabinet table".

[209] Em harmonia com o que propõe Conrado Hübner Mendes (2008, p. 209) às Cortes Constitucionais: "Minha sugestão é que a corte module virtudes ativas e passivas por meio da prudência. Talvez esta seja uma fórmula ainda mais enigmática do que as recomendações de Bickel, pois este ao menos se posiciona mais claramente, salvo engano, pela auto-contenção como regra geral. Aproximo-me mais de Sunstein, que permite esse tipo de modulação casuística e fornece critérios para tanto."

[210] Mendes destaca autores que defendem "uma reavalição do papel atual da prudência no pensamento político": "A prudência, virtude fora de moda, não deveria ser descartada como obscurantista e necessariamente conservadora. A pessoa prudente, para ele, resiste à tentação dos imperativos morais, tolera acomodações e a baixa velocidade das mudanças, valoriza o consentimento. Esse tipo de disposição seria também virtuosa para instituições políticas". (Mendes, 2008, p. 111).

[211] Em convergência com o que o minimalismo receita à jurisdição constitucional, conforme ressalta o Ministro Luiz Fux em seu voto na ADI 5337: "Há um imperativo de humildade no exercício da função jurisdicional, condizente com o reconhecimento de que, em certas matérias, os juízes não necessariamente detêm as adequadas condições epistêmicas, políticas ou institucionais para dar a palavra final (SUNSTEIN, Cass R. A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton University Press, 2009)".

omitir em meio a esse diálogo, mas para reconhecer, nessas circunstâncias, um estímulo permanente para se orientar no sentido de ouvir o que o outro tem a dizer sobre uma controvérsia constitucional. Trata-se de compreender que a interação entre os diversos participantes desse esforço colaborativo, com suas falhas e virtudes, pode levar a uma resposta melhor do que qualquer um desses atores poderia alcançar isoladamente. Nesse sentido, pertinentes as considerações de Gutmann e Thompson (2007, p. 28):

> É muito fácil achar que já sabemos o que constitui a melhor solução para um conflito moral, e que não precisamos deliberar com nossos concidadãos. Presumir que sabemos qual é a melhor solução antes de ouvirmos os outros, que também serão afetados por nossas decisões, não é apenas arrogante, mas também injustificável, tendo em vista a complexidade dos assuntos e interesses que estão frequentemente em jogo.

A compreensão de que a efetividade da constituição é uma tarefa compartilhada pode favorecer a busca por soluções consensuais para dilemas constitucionais[212], e parece ter sido esse o movimento realizado pelo Ministro Gilmar Mendes na condução das ações em face da Lei 14.701, de 2023, que contou com a atuação proativa da AGU.

Não se pode, no entanto, descuidar das assimetrias representativas que podem desequilibrar processos de autocomposição, sobretudo quando relativos a setores estigmatizados da sociedade brasileira, que encontram enormes dificuldades para a efetiva fruição de direitos (Brandão, 2022, p. 323). Afinal, é justamente em nome desses setores que o constitucionalismo se mostra mais necessário (ibidem, p. 327). Até mesmo duros críticos da jurisdição constitucional reconhecem seu papel ativo nos casos de desequilíbrios na representação (Ely, 2010; Waldron, 2006). Nesses casos, não parece haver maiores dúvidas de que as Cortes Constitucionais devam efetivamente buscar exercer os papeis representativo e contramajoritário (Barroso, 2015), mas esse esforço dificilmente contornará a deficiência na representação real[213] desses grupos que sofreram até poucas décadas atrás, no caso dos povos indígenas brasileiros, um genocídio institucionalizado (Cruz, 2018).

---

[212] Kavanagh fala na ideia de "of 'constitutionalism as mindset', grounded in the norms and beliefs, the attitudes and actions, the dispositions and commitments of the constitutional actors to make the system work" (Kavanagh, 2023, p. 10).

[213] Segundo o relatório "Resultados parciais do censo do Poder Judiciário 2023", enquanto 82,7% dos magistrados (que responderam à pesquisa) se declararam de raça branca, apenas 0,3% dos(as) respondentes se declararam indígenas. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resultados parciais do censo do Poder Judiciário 2023: relatório / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023.

Mas a Constituição não é destinada apenas ao Poder Judiciário, sua observância não depende dele e zelar por ela não é uma tarefa exclusiva sua. Os demais poderes também têm a obrigação de observar e zelar pela observância de direitos fundamentais, inclusive atuando contramajoritariamente, quando for o caso. Nesse sentido, Aileen Kavanagh ressalta a existência de "uma miríade de freios contramajoritários" no âmbito do Poder Executivo e vislumbra o que ela chama de um "constitucionalismo executivo":

> Embora os Ministros de Estado sejam, sem dúvida, os atores mais visíveis do Executivo, eles ocupam o topo de uma instituição estratificada, pluralista e multifacetada, que incorpora em seu interior uma miríade de freios contramajoritários e forças de estabilização. A burocracia de formulação de políticas dentro do Poder Executivo é verdadeiramente um "governo com um time de milhares". Inseridos em um esquema de autoridade diferenciada, atores situados em diferentes posições combinam seus esforços, trabalhando em conjunto para converter políticas em leis. Uma apreciação pluralista do Executivo nos permite vislumbrar uma forma de "constitucionalismo executivo". (Kavanagh, 2023, p. 143, tradução nossa)[214].

Portanto, em casos como o que foi objeto desta dissertação, que trata de controvérsias envolvendo a proteção de direitos de povos originários, tanto histórica quanto institucional, os cuidados dos atores institucionais precisam ser redobrados. Nesse sentido, parece seguro afirmarmos que a AGU deve zelar para que haja a adequada observância dos direitos indígenas nos procedimentos administrativos que impactem essas comunidades, notadamente quanto ao direito de terem suas razões levadas em consideração pelas autoridades competentes.

Esse cuidado também deve ser adotado internamente. No Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, de 2010, que antecedeu e fundamentou a edição da Portaria AGU nº 303, de 2012, a Consultoria-Geral da União informou que havia recebido solicitação do Conselho Indigenista Missionário – CIMI solicitando que examinasse a possibilidade de oitiva dos povos indígenas antes de que fosse exarado

[214] Texto no original (em inglês): "Whilst Government Ministers are undoubtedly the most visible Executive actors, they sit atop a composite, pluralistic, and multifaceted institution which incorporates a myriad of counter-majoritarian checks and stabilising forces within it. The policy bureaucracy within the Executive branch is truly 'government with a cast of thousands'. Embedded within a scheme of differentiated authority, differently situated actors combine their efforts, working together in order to convert policy into law. A pluralistic appreciation of the Executive branch enables us to envision a form of 'Executive constitutionalism'".

o parecer, com fundamento na Convenção 169 da OIT[215]. Entendeu a AGU, naquela oportunidade, o seguinte:

> Este parecer tem por objeto analisar uma decisão judicial prolatada, com vistas a orientar a Administração sobre como cumpri-la, do que decorre que não cria direito algum, apenas interpreta o que já foi decidido.
> O dispositivo antes transcrito, da Convenção nº 169 da OIT, impõe a consulta aos povos interessados quanto a medidas - legislativas ou administrativas - suscetíveis de afetá-los, ou seja, que poderão alterar sua situação de direito ou de fato, o que não ocorre no caso, pois o parecer, de natureza apenas interpretativa de decisão judicial prolatada, não criará, ele próprio, direito algum, nem alterará qualquer situação de fato, o que só é possível através de medida administrativa em concreto.
> Do exposto se conclui que não é o caso de aplicação do item "1" e respectiva alínea *a,* do art. 6º, da Convenção nº 169 da OIT, pelo que a solicitação de oitiva dos povos indígenas antes de ser exarado parecer da Consultoria Geral da União é de ser analisada, pelos critérios de conveniência e oportunidade, pela autoridade superior.
> Assim, o pedido foi encaminhado à consideração superior (Processo nº 00400.003833/2010-08). Todavia, tendo em vista as considerações apresentadas pelo CIMI quanto às condicionantes da decisão do STF na Petição nº 3388 (caso Raposa Serra do Sol), tiramos cópia do teor de sua manifestação (junta) para exame das mencionadas considerações, que se faz a seguir (Brasil, 2012).

Os atos que sucederam a manifestação acima demonstram que os pareceres da AGU podem impactar concretamente na fruição de direitos, conforme dispõem o Decreto nº 2.346, de 1997, e os artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993, e que, portanto, pelo menos nessas hipóteses, a aplicação da alínea *a,* do art. 6º, da Convenção nº 169 da OIT parece necessária. Nesse sentido, tão salutar quanto a defesa da constitucionalidade dos dispositivos da Convenção que tratam do direito dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais à consulta prévia, livre e informada em decisões legislativas ou administrativas que os afetem diretamente[216] é a internalização desse procedimento de escuta previamente à edição de seus próprios atos que possam assumir esse nível de impacto na administração pública.

---

[215] Artigo 6° - 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf.

[216] Conforme recente manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5905, segundo divulgou a instituição em seu sítio eletrônico. AGU defende consulta prévia em projetos que afetam comunidades indígenas e tradicionais. Advocacia-Geral da União. Disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-defende-consulta-previa-em-projetos-que-afetam-comunidades-indigenas-e-tradicionais. Acesso em: 30/09/2025.

Assim, a atenta consideração das razões apresentadas pelos órgãos e entidades efetivamente responsáveis pela implementação das políticas públicas ou das decisões judiciais, e das pessoas e grupos impactados pela decisão, sobretudo em casos complexos, colabora para que a AGU alcance uma melhor interpretação constitucional, que seja efetiva, e que ofereça a maior estabilidade possível à interpretação alcançada.

Mas, no final das contas, não se pode perder de vista que casos difíceis, são, por definição, controversos, e por isso mesmo sujeitos a contingências e revisitações. Não há definitividade. Reconhecer essas circunstâncias e valorizar as contribuições que a sociedade e as instituições têm a oferecer nessa longa jornada constitucional parecem caminhos promissores para uma prática institucional que leva a sério a Constituição e a democracia.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo geral investigar o papel da Advocacia-Geral da União na construção dos sentidos da Constituição sob a perspectiva dos Diálogos Constitucionais e, como objetivos específicos: (i) apresentar as linhas gerais dos Diálogos Constitucionais; (ii) expor as principais competências normativas da AGU, com destaque para aquelas relacionadas à interpretação constitucional; (iii) analisar se os Diálogos Constitucionais oferecem uma explicação consistente sobre como a AGU exerce essas funções; e (iv) investigar essa atuação por meio de um estudo de caso.

Para alcançar esses objetivos, empregamos três métodos de pesquisa: bibliográfica, documental e estudo de caso. A pesquisa bibliográfica foi utilizada especialmente na contextualização da dificuldade contramajoritária e de como os Diálogos Constitucionais oferecem uma resposta promissora a ela. Também foi empregada na apresentação da AGU, sobretudo de seus antecedentes históricos. A pesquisa documental, por sua vez, se deu por meio da análise da Constituição, de legislação infraconstitucional e de decisões judiciais, e, de forma especialmente importante para o estudo, pela análise de manifestações jurídicas da AGU. O estudo de caso foi utilizado como teste da hipótese da pesquisa, ou seja, com o intuito de colocarmos à prova a proposição desenvolvida nos capítulos anteriores no sentido de que a AGU teria, normativamente, um papel singular de intérprete da Constituição.

Nos primeiros capítulos da dissertação (capítulos 2 e 3), apresentamos a expansão da jurisdição constitucional na segunda metade do século XX, e como essa expansão levou a uma nova conformação do papel do Poder Judiciário, cada vez mais protagonista na concretização dos valores constitucionais e na efetividade dos direitos fundamentais. Esse protagonismo foi exercido em detrimento de papeis tradicionalmente atribuídos aos outros ramos, e mais do que isso: o Poder Judiciário se atribuiu uma posição de ascensão sobre os demais, a partir da construção da ideia de supremacia judicial. Segundo essa concepção, o ramo judicial deteria a última palavra sobre o sentido das constituições, de forma que caberia aos outros poderes apenas se conformarem diante dos entendimentos judiciais. Essa perspectiva foi combatida por autores que defendem a ideia de supremacia parlamentar: em casos de desacordos sobre valores constitucionais, deveria prevalecer a opinião majoritária, em razão do melhor *pedigree* democrático do Poder Legislativo comparativamente ao

Judiciário. O capítulo 3 apresentou uma concepção que procura fugir dessa dicotomia: sob a abrangente designação *Diálogos Constitucionais* são desenvolvidas teorias que mitigam fortemente a afirmação de supremacia judicial, procurando explorar a ideia de que não há uma última palavra sobre temas constitucionais controversos. Pelo contrário, essas teorias advogam que os sentidos das constituições vão sendo construídos dialogicamente.

O capítulo 4 iniciou uma nova etapa da dissertação. De uma exposição teórica sobre constitucionalismo, passamos a apresentar a Advocacia-Geral da União, uma instituição criada pela Constituição de 1988 e que foi colocada como protagonista da pesquisa. O objetivo maior do capítulo foi demonstrar que a AGU ocupa uma posição institucional privilegiada para participar dos debates e interações interinstitucionais sobre os sentidos da Constituição, situada na interseção entre direito e política, onde princípios e políticas públicas se encontram. Apesar disso, há poucos estudos sobre suas atividades mesmo entre os autores que estudam os Diálogos Constitucionais no Brasil. Esse ponto cego não é uma peculiaridade brasileira: há uma forte concentração, também no estrangeiro, de estudos que tem como foco a interação entre Cortes e Parlamentos. De forma especial, destacamos, das funções da AGU, duas que se relacionam mais diretamente com o objeto dos Diálogos Constitucionais: a atividade de interpretar as decisões do STF, dando-lhes exequibilidade, e a de uniformizar a interpretação da Constituição para o Poder Executivo, algo que assemelharia seu papel ao de guarda da Constituição em face desse Poder.

Situada a AGU como relevante intérprete da Constituição sob a perspectiva dos Diálogos Constitucionais, o capítulo 5 submeteu essa proposição a um teste: um estudo de caso. O estudo partiu do acórdão do STF no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e foi construído a partir de dois temas centrais: os efeitos da decisão do STF e o marco temporal. A decisão do STF no caso foi recheada de peculiaridades e complexidades: o acórdão julgou parcialmente procedente o pedido, mas sem alterar a demarcação da Terra Indígena, e contou com um inédito dispositivo contendo dezenove condicionantes. Tratou-se de caso exemplar de maximalismo judicial, no qual o STF procurou, por meio de uma decisão com efeitos não vinculantes, estabelecer um regime constitucional da ocupação das terras indígenas no país. No julgamento, a Corte chegou até mesmo a elaborar uma nova teoria sobre a ocupação tradicional dessas terras: a teoria do fato indígena.

Coube à AGU, diante da complexidade da decisão e de seu manifesto intento expansivo, interpretá-la e sanar as dúvidas e divergências entre diversos órgãos e entidades do Poder Executivo e da sociedade. Analisamos quatro atos por meio dos quais a AGU exerceu essa missão – três pareceres e uma portaria – sendo que o último desses atos, o Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, tornou-se vinculante para todo o Poder Executivo Federal em razão de sua aprovação pela Advogada-Geral da União e pelo Presidente da República. Esse parecer determinou que as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e, além delas, o requisito do marco temporal, fossem incorporados como critérios a serem observados em todas as demarcações de terras indígenas. Esse parecer teve sua constitucionalidade questionada perante o STF, que suspendeu sua eficácia nos autos do Recurso Extraordinário nº 1017365, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.031). No julgamento do mérito desse RE, o STF recuou em relação ao tema do marco temporal, dando início a uma nova etapa de reações institucionais: o Poder Legislativo discordou do entendimento majoritário do STF e aprovou projeto de lei instituindo o marco temporal como critério legal a ser observado nos procedimentos demarcatórios. Esse ponto foi vetado pelo Poder Executivo, com participação direta da AGU na interpretação da sua constitucionalidade, mas o veto foi derrubado. A Lei nº 14.701, de 2023, teve, então, sua constitucionalidade questionada perante o STF. Ao contrário do que poderia ser esperado, o STF não impediu a rediscussão da tese: embora tenha reconhecido que a nova lei afrontava o que acabara de ser decidido pela Corte, o STF se colocou em uma posição de mediador, com vistas a alcançar uma posição de consenso entre os diversos interessados em meio a esse complexo e persistente embate jurídico-político. Nessa nova etapa, a AGU teve novo papel de destaque na busca por uma solução interinstitucional para a questão.

Finalmente, no capítulo 7, promovemos a discussão do caso. O estudo demonstrou, primeiramente, que o STF não detém o monopólio da interpretação constitucional, e nem é titular da última palavra sobre o sentido da Constituição. Em consonância com o que propugnam os Diálogos Constitucionais, o que o caso demonstrou foi uma sequência de interações que conduziu à alteração da própria conformação do direito fundamental dos povos indígenas à demarcação de suas terras, na forma do art. 231 da Constituição. Essas movimentações levaram a um amadurecimento sobre a forma de viabilizar a desintrusão ou indenização das terras

ocupadas e, em nosso sentir, demonstraram a importância da atuação da AGU como intérprete da Constituição e participante ativo dos Diálogos Constitucionais.

Especificamente sobre as atividades exercidas pela AGU, a pesquisa traz duas conclusões centrais sobre as duas competências institucionais que foram destacas no estudo:

(i) Sobre o papel de intérprete das decisões do STF: as decisões judiciais, sobretudo em casos de maior complexidade social, histórica, política e jurídica, estão longe de colocar um ponto final nas discussões sobre o sentido das constituições. Ao interpretar essas decisões, especialmente aquelas nas quais o Poder Judiciário exerce a jurisdição constitucional, a AGU agrega novas palavras àquelas proferidas com pretensão de definitividade pelo *Guardião da Constituição*. Essa atuação da AGU evidencia, assim, *a precariedade da última palavra* e a *fragilidade das teorias da supremacia judicial*.

(ii) Sobre o papel de guarda da Constituição perante o Poder Executivo: a AGU tem a importante responsabilidade de zelar pela aplicação coerente do direito brasileiro em casos complexos, inclusive em meio a oscilações jurisprudenciais, de forma a assegurar a aplicação consistente de princípios constitucionais, como o da igualdade e da isonomia. Desse modo, ela deve orientar a administração pública quanto à melhor forma de dar efetividade à Constituição e oferecer segurança jurídica aos envolvidos, dialogando com os entendimentos de outras instituições ou poderes.

O propósito da pesquisa era afirmar e testar a hipótese de que a AGU exerce um papel singular de intérprete da Constituição, especialmente sob a perspectiva dos Diálogos Constitucionais. Acreditamos, assim, que esse objetivo tenha sido alcançado.

Mas a pesquisa foi além de seu propósito inicial. A confirmação da hipótese trouxe consigo uma inquietação: se a AGU é um ator importante dos Diálogos Constitucionais, se ela participa da construção dos sentidos da Constituição, e se ela exerce, para o Poder Executivo, um papel peculiar de guarda da Constituição, então ela também deve se submeter a um alto nível de compromisso democrático. A

legitimidade das urnas não exime os poderes majoritários de suas responsabilidades constitucionais, e a AGU não deve ser uma peça enferrujada na sala de máquinas da Constituição, que emperra o reconhecimento e a concretização de direitos fundamentais.

Se esta pesquisa puder colaborar, ainda que modestamente, para uma reflexão institucional sobre os papéis e responsabilidades da Advocacia-Geral da União, talvez sua contribuição mais promissora esteja em evidenciar a importância de que ela exerça suas funções com respeito e humildade: nenhuma pessoa e nenhuma instituição podem alcançar, sozinhas, mais do que podem realizar coletivamente.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. **A Constituição fora das cortes:** controle de constitucionalidade na democracia representativa. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_AndradaBJS_1.pdf. Acesso em 04/07/2024.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, [S. l.], n. 40, 2014. DOI: 10.17808/des.40.164. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/164. Acesso em: 08 jul. 2024.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**: o Supremo Tribunal Individual no processo democrático brasileiro. Novos Estudos CEBRAP, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr.2018. https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003. Acesso em 04/07/2024.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. **O princípio da separação de poderes e atuação do poder executivo no processo constituinte.** In.: BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de (Coord.). Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Última palavra e diálogos constitucionais**: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. Revista de Informação Legislativa*:* RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 181-200, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p181.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In.: SARMENTO, Daniel (organizador). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX.** Revista Publicum, *[S. l.]*, v. 4, p. 14-36, 2018. DOI: 10.12957/publicum.2018.35777. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/35777. Acesso em: 06/11/2023.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise**: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24, Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=852884. Acesso em: 04/07/2024.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch:** The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 87 Distrito Federal.** Brasília, DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data da decisão: 22/04/2024. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366397536&ext=.pdf. Acesso em: 08/07/2024.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345 Distrito Federal.** Brasília, DF. Decisão do Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 25/08/2005. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536. Acesso em: 08/07/2024.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.337 Distrito Federal.** Brasília, DF. Decisão do Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 01/03/2021. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755421024, Acesso em: 30/09/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.058 Distrito Federal. Relator: Min. André Mendonça. Redator do acórdão: Min. Nunes Marques. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 03/03/2022. Brasília, DF: STF, 2022.

BRASIL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal.** Brasília, DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 15/06/2011 Publicação: 29/05/2014. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195. Acesso em: 28/08/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 06/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 06/11/2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 04/07/2024.

BRASIL. **Manual de Representação Extrajudicial da União, de agentes e ex-agentes públicos**. Advocacia-Geral da União. Brasília: AGU, 2020. Disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/manualderepresentacaoextrajudicial.pdf. Acesso em: 30/09/2025.

BRASIL. **Parecer AGU/CGU/DENOR nº 11.** Márcio Gontijo; Alda Freire de Carvalho. Data do parecer: 17/03/2010, 2010a.

BRASIL. **Parecer nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU**. Márcio Gontijo; Alda Freire de Carvalho. Data do parecer: 10/09/2010. Aprovado pelo Advogado-Geral da União, 2010b.

BRASIL. **Parecer nº 0001/2017/GAB/CGU/AGU.** André Rufino do Vale. Aprovado pela Advogada-Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça e pelo Presidente da República. Publicado no Diário Oficial da União de 20/07/2017. Disponível em https://www.in.gov.br/web/dou/-/parecer-n-gmf-05-19185807. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. **Petição 3.388 - Roraima**. Brasília, DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 19/03/2009 Publicação: 01/07/2010. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133. Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. **Portaria AGU nº 303, de 16 de julho de 2012.** Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Disponível em https://legis.agu.gov.br/intralegis/Atos/TextoAto/183815. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. **Recurso Extraordinário 1017365 / Santa Catarina**. Brasília, DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 27/09/2023 Publicação: 15/02/2024. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498. Acesso em: 20 set. 2025.

BRASIL. **Representação Judicial de Agentes Públicos pela Advocacia-Geral da União.** Advocacia-Geral da União. Brasília: AGU, 2019. Disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/CartilhaRepresentacaodeAgentesPublicospelaAGU.pdf. Acesso em: 30 set. 2025.

CABRAL, A. L. N.; BARACHO JÚNIOR, J. A. de O. **O compartilhamento da guarda da constituição brasileira como pressuposto da ordem democrática**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 44, n. 3, 2020. DOI: 10.5216/rfd.v44i3.61271. Disponível em: https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/61271. Acesso em: 04 jul. 2024.

CANADÁ. **Canadian Charter of Rights and Freedoms**. Disponível em https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html#h-41. Consulta em 30 ago. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Salgado. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPPI, Ricardo. **A "teorização fundamentada nos dados":** um método possível na pesquisa empírica em Direito in Machado, Maíra Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CASTILHO, Manoel L. Volkmer de**. O Parecer GMF 05/2017 da AGU e a Constituição**. Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, n.10, p. 85-113, 2018. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/bitstreams/027099ed-304c-4885-8599-e0e0a17737c0/download. Acesso em 30 set. 2025.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Constituição Radical**: Percursos de constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais**: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.4453.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. **Supremo Tribunal Federal**: entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Brasília, V. 3, nº 2, p.545-599, Jul-Dez, 2016. Disponível em https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7746. DOI: https://doi.org/10.31501/repats.v3i2.7746. Acesso em: 04/07/2024.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e WYKROTA, Leonardo Martins. **Nos Corredores do Direito**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). (O) Outro (e) (o) Direito. Arraes Editores, 2015, v. 1.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Relatório Figueiredo**: genocídio brasileiro. Imprenta: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Constitucionalismo democrático**: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 61-88, aug. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso em: 04 jul. 2024. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

DE ARAÚJO, L. C. M. **Institucional - Novos arranjos institucionais:** redimensionamento das capacidades constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União**.** REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 11, n. 34, 2012. DOI: 10.25109/2525-328X.v.11, n. 34.2012.92. Disponível em:

https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/92. Acesso em: 04 jul. 2024.

DE LIMA VARGAS, J. E.; DE OLIVEIRA BARACHO JUNIOR, J. A. A jurisprudência do supremo tribunal federal: entre a última palavra e os diálogos constitucionais. **REVISTA DA AGU**, *[S. l.]*, v. 24, n. 02, 2025. DOI: 10.25109/2525-328X.v.24.n.02.2025.3608. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3608. Acesso em: 24 jun. 2025.

DUPRAT, Deborah. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf. Acesso em 30 set. 2025.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad.: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS. **Marbury v. Madison.** Suprema Corte dos Estados Unidos. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). Data da decisão: 24 fev. 1803. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/. Acesso em: 25 nov. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 2: complementos e índice. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Ed. USF, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Ebook Kindle. Siglo XXI Editores, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial; prólogo de Cass Sunstein. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Disponível em http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_justicia_frente_al_gobierno_3/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf. Acesso em 04 jul. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos** (2013). Disponível em https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/10615. Acesso em 04 jul. 2024.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why Do Countries Adopt Constitutional Review?** Journal of Law, Economics, and Organization. Virginia Public Law and Legal Theory (2013). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2319363. Acesso em 17 set. 2024.

GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Constitutional Review.** In.: Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, and Keith E. Whittington (eds), *The Oxford Handbook*

of Law and Politics (2008). Disponível em: https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199208425.003.0006. Acesso em 24 set. 2024.

GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908. Acesso em 04 jul. 2024.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. **Diálogos institucionais**: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; WERNECK ARGUELHES, Diego; NOGUEIRA, Rafaela. **Gênero e Comportamento Judicial no Supremo Tribunal Federal**: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, 2018.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do Direito**: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia:** ensaios escolhidos. São Paulo: Editora ContraCorrente, 2023.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). **Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União**: livro comemorativo aos 15 anos - Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **O que significa democracia deliberativa.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007. Disponível em: https://gutmann-archived.president.upenn.edu/sites/default/files/significa-democracia-2007.pdf. Acesso em: 11 set. 2025.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Direito Público, *[S. l.]*, v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353. Acesso em: 4 jul. 2024.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. **The Chater Dialogue Between Courts and Legislature**: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All. The Osgood Hall Law Review, v. 35, 1, 1997. Disponível em https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj. Acesso em 04 jul. 2024. DOI: https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612.

KAVANAGH, Aileen. **The Collaborative Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2023. DOI: https://doi.org/10.1017/9781108680929.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 3 ed. São Paulo: Editora WMS Martins Fontes, 2013.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-geral da União na Constituição de 1988.** 2. ed. Del Rey, 2024.

MACHADO, Maíra Rocha. **O estudo de caso na pesquisa em direito.** *In*: Machado, Maíra Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. "As procuradorias públicas no direito brasileiro: uma análise histórica". *In*: **Revista Dimensões:** Revista de História da UFES, v. 33, p. 241-260, 2014.

MAGALHÃES, Camila Luísa Sampaio. **Diálogos Interinstitucionais:** a teoria de Conrado Hübner Mendes e sua aplicação na jurisprudência do STF. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_CamilaLuisaSampaioMagalhaes_30798_TextoCompleto.pdf. Acesso em 04 jul. 2024.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Quando julgar se torna um espetáculo**: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 402-423. DOI: https://doi.org/10.5102/rdi.v14i1.4427. Acesso em 27 ago. 2024.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 04/07/2024.

MENDONÇA, Tiago de Almeida. **O caso FUNRURAL e o diálogo institucional na contemporaneidade brasileira.** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_MendoncaTA_1.pdf. Acesso em 04/07/2024.

MORAIS, D. S. **Democracia e direitos fundamentais**: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 11, n. 34, 2012.

DOI: 10.25109/2525-328X.v.11, n.34, 2012, p. 89. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/89. Acesso em: 04/07/2024.

NEVES, José Roberto de Castro (org.). **Os grandes julgamentos da História.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PENNA AMORIM PEREIRA, B. C.; DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, J. A. **O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, *[S. l.]*, v. 35, n. 1, 2019. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/304. Acesso em: 23 ago. 2024.

RAMOS, William Junqueira. **A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário:** evolução e perspectivas. São Paulo: Letras Jurídicas Editora, 2015.

SULTANY, Nimer. **The State of Progressive Constitutional Theory**: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review (CR-CL), vol. 47, n. 2, 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2132397. Acesso em: 04 jul. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time:** Judicial minimalism on the Supreme Court. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs). **The global expansion of judicial power**: the judicialization of politics. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 1-10.

TEIXEIRA, A. V.; FINGER, B. A. A justiça constitucional francesa e a questão prioritária de constitucionalidade: uma reforma que virou revolução constitucional. **Direito Público**, *[S. l.]*, v. 13, n. 72, 2017. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2543. Acesso em: 24 jun. 2025.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito:** o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 04 jul. 2024.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** The Yale Law Journal, V. 115, N. 6, P. 1346-1406, ABR. 2006. Disponível em http://hdl.handle.net/20.500.13051/9638. Acesso em 27 ago. 2024.

WALDRON, Jeremy. **O cerne da posição contrária à revisão judicial.** Traduzido por: Bruno da Cunha de Oliveira; Daniel Wei Liang Wang; José Garcez Ghirardi. Revista Direito GV, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022. Disponível em: http://hdl.handle.net/20.500.13051/9638. Acesso em: 04 jul. 2024.