



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## 2

# A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário<sup>1</sup>

(Theory of precedents and the doctrine of institutional dialogues – searching for a balance between the Legislative and the Judiciary Power)

**Ravi Peixoto**

PhD candidate at the Rio de Janeiro State University, Brazil. Master´s Degree at the Federal University of Pernambuco, Brazil.

**Resumo:** Este texto aborda uma forma de interação entre os poderes denominada de diálogos institucionais, na qual o objetivo é o de fazer com que nenhum dos três poderes possua uma soberania na interpretação dos textos normativos, proporcionando mecanismos para que eles dialoguem entre si. Mais especificamente, este artigo visa proporcionar uma interação entre a teoria dos diálogos institucionais e os provimentos

1. Esse texto foi escrito para a disciplina “Jurisdição Constitucional”, ministrada na pós-graduação da UERJ pelo professor Rodrigo Brandão. A temática desse artigo tem por objetivo servir como uma espécie de homenagem ao referido professor, que a abordou em sua tese de doutoramento, que serviu como base para essas reflexões. Aproveito para agradecer ao amigo Daniel Capecchi pela leitura e sugestões.

judiciais obrigatórios instituídos pelo CPC/2015 e de que forma o Poder Legislativo pode interferir na interpretação adotada pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chaves:** Diálogos institucionais. Separação dos poderes. Teoria dos precedentes. Precedentes obrigatórios.

**Abstract:** This paper analyses one of the ways in which the powers of the state can interact with each other called the institutional dialogues. Its objective it's to not allow one of them to have a sovereign in the interpretation of the law, proposing mechanism for them to dialogue. More specifically this paper tries to propose an interaction between the theory of the constitutional dialogues and the obligatory judicial proviments that have been inserted in the brazilian law by the Civil Procedure Code of 2015 and how the Legislative Power may change the interpretation of any given law by the Judiciary Power.

**Keywords:** Constitutional dialogues. Separation of powers. Theory of precedents. *Stare decisis*.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Teoria dos diálogos institucionais - 3 As formas de diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo: limites e possibilidades - 3.1 A interpretação constitucional e as emendas constitucionais - 3.2 A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais - 3.2.1 O STF e o diálogo institucional - o caso das leis infraconstitucionais - 3.2.2 Os pontos de vista doutrinários - 3.2.3 Uma análise crítica e propostas de interpretação do diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo - 3.3 Para além do STF: apontamentos sobre o diálogo entre o Poder Legislativo e o STJ - 4 Entre superação do precedente e alteração do texto normativo - 5 Conclusão – Referências

**Summary:** 1- Introduction – 2 – Theory of institutional dialogues – 3 – How can the Legislative and the Judicial Power: limits and possibilities – 3.1 The constitutional interpretation and constitutional amendments – 3.2 The constitutional interpretation and the dialogue with the statutes – 3.2.1 The Supreme Federal Court of Brazil and the constitutional dialogue – 3.2.2 The doctrinal point of view – 3.2.3 A critical analysis and some ideas to implement a dialogue between the Judicial and the Legislative Powers – 3.3 Beyond the Supreme Federal Court of Brazil: considerations about the dialogue between the Legislative Power and the Superior Court of Justice of Brazil - 4 – Between the overruling and the changing of statutes – 5 Conclusion – References.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma tendência no processo civil brasileiro nas últimas décadas é a valorização dos precedentes judiciais. Embora eles sempre tenham tido relevância,<sup>2</sup> desde a década de

---

2. Para uma evolução histórica dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito brasileiro*: colônia e império. Dissertação de Mestrado.

90 têm acentuado sua importância, situação que culminou na regulação do tema pelo CPC/2015. A atual legislação inseriu, no art. 927, um rol de provimentos obrigatórios e tal proposta normativa implica importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro.

O regime normativo dos precedentes no Brasil, naturalmente, pode ser criticado de diversas formas, mas, ao menos como pressuposto deste texto, é constitucional.<sup>3</sup> Isso significa que a proposta da legislação é a de trazer maior segurança jurídica às condutas juridicamente relevantes dos cidadãos. E essa segurança seria trazida por uma maior estabilidade nos posicionamentos jurisprudenciais do Poder Judiciário.

Um outro ponto de vista de um ordenamento jurídico que tem posicionamentos jurisprudenciais constantes é a possibilidade de confrontos com o entendimento do Poder Legislativo. Explica-se: tanto na interpretação da legislação infraconstitucional feita pelo STJ, quanto do texto Constitucional, realizado pelo STF, é possível que o Poder Legislativo, por diversos motivos, não coadune com o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário. Afinal, como texto e norma são diversos, o objetivo do legislador com uma lei pode ser alterado pela interpretação dada pelo Judiciário; da mesma forma, uma lei pode ser declarada inconstitucional. A questão que surge é de que forma o Poder Legislativo pode atuar para também ser um intérprete do ordenamento jurídico, dialogando com o Poder Judiciário.

Tal problema já existia mesmo sob a égide do CPC anterior. Perceba-se que, do ponto de vista das ações do controle concentrado, a coisa julgada *erga omnes* (art. 103, §2º, CRFB) já era capaz de extrair do ordenamento jurídico leis infraconstitucionais e, em certos casos, emendas constitucionais. Além disso, já havia, nesses casos, previsão de eficácia vinculante (art. 103, §2º, CRFB), que era também prevista para a súmula vinculante (art. 103-A, *caput*, CRFB), vinculando o Poder Judiciário e o Executivo. Para as demais situações, não havia *expressamente* tal obrigatoriedade, sendo os precedentes, em tese, apenas persuasivos, permitindo uma maior dispersão de entendimentos nos diversos órgãos jurisdicionais, algo que, em tese, espera-se que deixe de ocorrer com a eficácia obrigatória proposta pelo CPC/2015.

No meio de todo esse caminhar dos precedentes e o Poder Legislativo, há uma teoria que foi desenvolvida inicialmente no Canadá e que tende a ganhar mais destaque no direito brasileiro: *a teoria dos diálogos institucionais*. Trata-se de uma proposta de superação de uma ideia de supremacia judicial forte, em que o Poder Judiciário seria o detentor da última palavra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Legislativo possui

---

Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

3. Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf.: PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, n. 2, 2017, disponível em [http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt), acesso às 12h, do dia 22 de março de 2018.

também grande importância na interpretação do ordenamento jurídico, devendo haver um diálogo entre Judiciário e Legislativo.

Note-se que, em um ambiente em que os precedentes, em geral, não eram detentores de eficácia obrigatória, mesmo com posicionamento diverso do pretendido pelo Legislativo, este talvez não optasse por se desgastar ao alterar o posicionamento jurisprudencial, eis que os órgãos inferiores podiam (e muitas vezes o faziam) simplesmente adotar posicionamento diverso. Tal situação, em tese, passa a não ser mais possível e, igualmente, se pressupõe que o próprio posicionamento dos tribunais superiores venha a se tornar mais estável.

Ou seja, a atual confluência em busca de um sistema de precedentes obrigatórios torna ainda mais importante o estudo da teoria dos diálogos institucionais, em que, por vezes, a única forma de alteração de um determinado entendimento jurisprudencial é por meio da atuação de um outro poder. Mais ainda, é preciso que se compreenda tal situação como um importante mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

## 2. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O surgimento da teoria dos diálogos institucionais tem por objetivo superar um modelo de *judicial review* forte, no sentido de que a última palavra caberia ao Judiciário,<sup>4</sup> em face da sua suposta melhor aptidão para a interpretação da Constituição. Esse modelo ainda parece vigorar no Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência do STF,<sup>5</sup> embora já existam exceções em ambos os lados, consoante se verificará no decorrer desse texto.

O texto que inaugurou o estudo da temática foi escrito por dois canadenses, Peter W. Hogg e Allison A. Bushnell<sup>6</sup>. A proposta dos autores foi no sentido de que, ao contrário de haver um domínio por parte do Poder Judiciário na interpretação constitucional, há um diálogo com o Poder Legislativo. Este participaria igualmente da interpretação da Constituição e essa situação teria sido constatada por meio da

4. Consoante destaca Oscar Vilhena Vieira, a partir da Constituição de 1988, o STF deslocou-se para o centro do arranjo político brasileira, arvorando-se como responsável pela emissão da última palavra sobre diversas questões de natureza substantiva, seja chancelando as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo, seja as substituindo, atuando, por vezes, como legislador positivo. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo, jul./dez. 2008, p. 445)
5. Com essa constatação: SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos. NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 35-45.
6. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997. Há uma versão em espanhol do texto: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). GARGARELLA, Roberto (comp). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

verificação de que oitenta por cento das decisões da Suprema Corte Canadense tinham sequelas legislativas.<sup>7</sup> Destaque-se que esse trabalho pioneiro teve como foco apenas o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo, mas, como se verá, essa teoria se expandiu para diálogos mais abertos.

A proposta de que há um diálogo entre os poderes foi uma forma de responder às críticas relativas à dificuldade contramajoritária da atuação do Poder Judiciário na realização do controle de constitucionalidade,<sup>8</sup> eis que as maiorias legislativas teriam a possibilidade de reverter as decisões judiciais. Note-se que, se o Poder Judiciário não tem a última palavra, a dificuldade da resposta ao argumento da atuação contramajoritária é bastante diminuído.<sup>9</sup>

Alguns argumentos fizeram com que surgisse uma aposta de que o Poder Judiciário teria melhores condições institucionais para atuar como detentor da última palavra: i) proteção das minorias; ii) imparcialidade, gerada pelas diversas garantias da magistratura; iii) a utilização de um processo deliberativo motivo pela razão e pelo Direito.<sup>10</sup> No entanto, da mesma forma que a realidade desfez o sonho de um Poder Legislativo como o representante ideal do povo,<sup>11</sup> esta também o fez com o sonho de que o Poder Judiciário seria um protetor das minorias, imparcial em relação à política, capaz de revolucionar a sociedade.<sup>12</sup> A fluidez natural da linguagem gerou um excesso de discricionariedade nas decisões, em que as teorias normativas da interpretação

7. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)... cit., p. 97.
8. “a grande objeção que se faz a atuação do Judiciário, sobretudo quando declara uma norma inconstitucional é, a assim chamada, dificuldade contra-majoritária. O quê que quer dizer isso? Quer dizer que o Judiciário, que é composto de membros não eleitos, atua para invalidar atos do poder legislativo cujos membros foram eleitos, e do Presidente da República, por vezes eleito por mais de 50 milhões de voto. Há uma tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário nessas situações” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>. Acesso às 10 horas, do dia 09 de setembro de 2017).
9. Como se verá, essa é uma constatação empírica e também normativa na teoria dos diálogos institucionais.
10. Esse relato pode ser verificado em: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017, p. 248 e ss.
11. Para além dos problemas de corrupção, má-fé, tem-se ainda a dificuldade estrutural do poder legislativo em lidar com a multiplicidade de vozes e de pontos de vista existentes na sociedade moderna (GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism. BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (eds). *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 138)
12. “Não é a revisão judicial que conseguirá travar uma ampla e consistente mobilização majoritária, caso se esteja preocupado com isso. A revisão judicial contribui, porém, para combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativas, a reduzir o afastamento e a dissonância entre representante e representado. Ela tem a capacidade de subverter o *status quo*, mas não de maneira revolucionária.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, versão digital, tópico IV. 3.1).

estão cada vez mais distantes da realidade da prática judicial<sup>13</sup> e que, especialmente nas Cortes Constitucionais, a política é muito mais presente do que se imaginava, que a ideia de tutela de minorias não é um ponto de vista sempre adequado, pois nos principais momentos, o Judiciário não possui força suficiente para afrontar os demais poderes e que as minorias mais frágeis jamais tiveram voz adequada perante o judiciário.<sup>14</sup> Um exemplo em relação às minorias ocorre no acesso ao direito sanitário: o maior número de ações e de decisões sobre o tema ocorrem em cidades em que o acesso a esse direito já é significativamente mais alto do que nas demais. Portanto, a lógica é a inversa do que se esperaria, eis que as áreas em que a carência ao direito é menor, a atuação judicial também é menor.<sup>15</sup>

Ao ser concedido o poder ao Judiciário para ser o detentor da última palavra, ainda se ignora o fato de que isso gera uma óbvia desvalorização de um Governo Democrático, em que as decisões substanciais acabam delegadas a uma Corte. É evidente que, em tal situação, há uma valorização das capacidades institucionais do Poder Judiciário e uma nítida desvalorização do Poder Legislativo.<sup>16</sup>

A supremacia da Constituição não implica *necessariamente* a Supremacia do Poder Judiciário na sua interpretação.<sup>17</sup> Como se apontou, não é tão simples apontar que o Judiciário tem condições de tomar decisões melhores do que as que poderiam ser tomadas pelos outros poderes. A própria ideia de supremacia judicial pode gerar efeitos perversos, em que o Judiciário toma a Constituição para si, substituindo o próprio poder constituinte.

Afinal, de que forma pode ser compreendida a doutrina dos diálogos institucionais e quais suas vantagens em relação a outros modelos?

Há quem diga que ele seria um processo público e contínuo de interpretação constitucional em que questões de pública ou intersubjetiva moralidade são regularmente debatidas entre iguais, em uma discussão inclusiva que acolhe os

13. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1.122. Possivelmente, não por acaso é emblemática a recente obra de Richard Posner, em que destaca o contínuo processo de distanciamento entre a doutrina e o Poder Judiciário: POSNER, Richard. *Divergent paths – the academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
14. Sobre os problemas enfrentados pelas minorias no acesso ao STF, cf.: NUNES, Daniel Cappechi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; NUNES, Daniel Cappechi. A Abertura do STF às Minorias: a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa*, no prelo.
15. Com essa constatação empírica: BARCELLOS, Ana Paula; MOURA, Ricardo Faé; CASTRO, Marco C. Human rights, inequality and public interest litigation: a case study on sanitation from Brazil. *Panorama of Brazilian Law*, v. 4, n. 5-6, 2016, disponível em: <http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/index.php/BrLaw/article/view/116>, acesso às 11h, do dia 27 de março de 2018, p. 164.
16. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017, p. 344.
17. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais... cit.*, p. 29.

diferentes ramos do governo e a população<sup>18</sup>, muito embora tal ponto de vista acabe por ser bastante amplo e otimista. Afinal, não há sempre igualdade nesses diálogos, como se verá e a própria participação da população nesse processo é um tanto quanto limitada.

A proposta básica é a de que a interpretação constitucional deixe de ser domínio de qualquer ramo dos poderes para operar de forma cooperativa, por meio de intercâmbio de informações e de forma moderada, com a devida consideração da interpretação dada pelo outro Poder.<sup>19</sup>

Em termos gerais, trata-se de uma visão adequada, no entanto, as formas de implementação da ideia de diálogo são muito variáveis e essa é justamente uma das críticas a esse novo fenômeno doutrinário: a falta de refinamento teórico, sendo usado por autores que adotam pontos de vistas completamente diferentes, seja para descrever o funcionamento de um Estado constitucional, seja para adotar um ponto de vista normativo e inclusive para estabelecer diálogos entre sujeitos diversos.<sup>20</sup>

De toda forma, para os efeitos desse texto, cujo objetivo é verificar o diálogo existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, basta compreender que essa teoria tem por base a ideia de que *não deve haver o predomínio de um poder sobre o outro, mas sim que deve haver um diálogo entre eles, sem que haja uma resposta final e definitiva, havendo sempre um processo deliberativo aberto e passível de revisão.*

Em outros termos, não mais parece correto afirmar que o Judiciário é detentor de uma última palavra definitiva sobre a Constituição, seja do ponto de vista descritivo ou prescritivo.<sup>21</sup>

Do ponto de vista descritivo, existem inúmeros mecanismos com os quais outros poderes podem interferir (e já o fizeram) para forçar a revisão do entendimento do Poder Judiciário, como ataques institucionais, a exemplo da mudança no número de juízes da Suprema Corte, manipulações na competência, o poder de controlar o orçamento por parte do Executivo e do Legislativo, a não implementação das decisões

18. GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism... cit., p. 122.

19. ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mai./ago. 2012, p. 140.

20. MAUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: An overview*. Utrecht Law Review, v. 9, n. 2, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2244818>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017. Ver vários dos pontos de vista normativos em: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit.

21. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão digital, tópico 10.3.2; BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue...* cit., p. 1.109; SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos... cit., p. 17.

judiciais e,<sup>22</sup> sob um ponto de vista legítimo, que é o foco desse texto, a edição de textos normativos em sentido contrário. Em relação às reações legislativas, trata-se de um fenômeno observado em diversos países, a exemplo do Canadá, Estados Unidos, Brasil, Alemanha<sup>23</sup> etc.

Do ponto de vista prescritivo, como vem sendo construído neste tópico, sequer é adequado que alguma instituição tenha essa última palavra em uma democracia. Não há uma instituição ideal que possa, de forma legítima, arvorar-se como intérprete final da Constituição.

Observando o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, existem duas perspectivas: i) ponto de vista *endógeno*, em que se exige do Judiciário que ele reconheça o papel do Legislativo no diálogo, levando em conta o seu papel na interpretação constitucional. Seria um ponto de vista normativo; ii) ponto de vista *exógeno*, de caráter mais empírico, em que o diálogo é um produto necessário da separação de poderes, sendo decorrente do desenho institucional não dependendo da disposição de qualquer dos poderes por dialogar. De toda forma, em certo momento, as fronteiras entre esses pontos de vista são nebulosas, pois, por vezes, o empírico acaba influenciando a conduta dos agentes interpretativos.<sup>24</sup>

O fato é que nem o Judiciário e nem o Legislativo, seja por meio de suas capacidades institucionais,<sup>25</sup> seja por meio do seu real funcionamento possuem legitimidade para representar intérpretes ideais da Constituição. A teoria dos diálogos evita exigir grandes demandas normativas dos tipos ideais de juízes ou de legisladores,<sup>26</sup> até porque, muitas vezes, esses tipos são completamente díspares

22. Para uma análise mais aprofundada dessas possibilidades, cf.: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 281-288.

23. LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre, 1999, p. 98-99.

24. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico IV. 1.

25. A teoria das capacidades institucionais almeja verificar, a partir do desenho normativo e das condições fáticas, quais as instituições com maior aptidão para decidir problemas de diversas naturezas, servindo, por exemplo, como suporte para a defesa de uma postura mais autocontida do Poder Judiciário ao decidir sobre temas com maior conteúdo político, caso em que a decisão mais adequada partiria do Poder Legislativo, ou que o Judiciário deve ter deferência em relação aos decretos editados por agências reguladoras, devido ao seu expertise no tema. Para uma análise mais detida do tema, cf.: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>, acesso às 11h, do dia 30 de novembro de 2017; CLEVÊ, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, n. 19, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/691/458>, acesso às 21h, do dia 01 de dezembro de 2017.

26. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico IV. 1.



dos reais, fazendo com que a teoria, baseada em um tipo idealizado, seja incapaz de funcionar no mundo real.

Pensar em um modelo que permita uma maior interação entre os poderes é um caminho para buscar um equilíbrio e um maior rendimento na interpretação constitucional a partir das características de cada um deles. Se o Judiciário tem melhor aptidão de tutelar minorias e mais imparcialidade na sua atuação, devido à sua independência, dever de fundamentar e vitaliciedade, o Legislativo estaria mais próximo da vontade popular devido às constantes eleições. Enquanto o Judiciário tende a utilizar uma análise estritamente jurídica e mais focada em um caso específico, sendo detentor de uma “visão de túnel” o Legislativo trabalha com questões de política pública, sendo detentor de um ponto de vista mais geral, por vezes sendo capaz de observar problemas que o Judiciário não consegue visualizar no caso concreto.<sup>27</sup> Cada um desses pontos de vistas tem vantagens e desvantagens e a promoção de um contínuo diálogo pode proporcionar melhores decisões.

Como destacado por Rodrigo Brandão a teoria dos diálogos institucionais reconhece que os atores institucionais possuem falhas e virtudes específicas e que, por meio da interação de todos eles em um sistema de separação de poderes, seria possível a construção de um processo deliberativo mais qualificado.<sup>28</sup> O propósito da teoria dos diálogos institucionais é a de que a minimização do erro não seria por meio da aposta em um desenho institucional de um poder ou de outro, mas por meio de uma interação deliberativa entre os diversos agentes, permitindo o refinamento das razões públicas pelos parlamentos e as Cortes. Esse refinamento auxiliaria na busca por melhores respostas aos problemas a serem enfrentados, ao invés de sua resolução ficar limitada ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo.<sup>29</sup>

Por meio do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, busca-se atingir o equilíbrio entre a supremacia judicial e a legislativa. Da mesma forma que o Poder Judiciário pode reconhecer a inconstitucionalidade de um texto normativo, bem como adotar uma interpretação da legislação infraconstitucional que vá de encontro aos objetivos do Poder Legislativo, este pode, sob certos requisitos, alterar os posicionamentos do Poder Judiciário, seja editando uma lei ou uma emenda constitucional em sentido contrário.<sup>30</sup>

27. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit., p. 1.176-1.177.

28. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 355-356.

29. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico V.

30. CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. *Are you networked yet? on dialogues in european judicial networks*, Utrecht Law Review, v. 8, n. 2, 2012, disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017, p. 102-103.

O Poder Judiciário, em alguns casos, tem reconhecido a inconstitucionalidade de determinado texto normativo e indicado de que forma poderia ser editada uma legislação que estivesse de acordo com a Constituição.<sup>31</sup> Esse ponto de vista, de um Poder Judiciário de caráter mais conciliador e menos coercitivo vem sendo defendido por parte da doutrina, em que haveria utilização da técnica do *obiter dictum* como uma forma de dialogar com o Poder Legislativo; a atuação dos juízes como conselheiros.<sup>32</sup> Outro exemplo de prática semelhante ocorre nas situações em que, no momento de eventual decretação de inconstitucionalidade de um texto normativo, o Poder Judiciário, ao invés de modular os efeitos da decisão por si só, apenas suspende os seus efeitos para permitir a atuação do legislador.<sup>33</sup>

Enfim, a proposta de adoção da teoria dos diálogos institucionais teria algumas vantagens em relação às teorias de supremacia judicial e legislativa. Dentre elas, seriam identificáveis: i) a existência de múltiplos pontos de acesso dos interessados em questões constitucionais, que poderiam atuar tanto sobre o Judiciário, como sobre o Legislativo e, no caso brasileiro, sobre o próprio Executivo, devido à sua longa competência ao menos de propor leis; ii) redução da oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos poderes, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, diminuindo a possibilidade de arbítrio estatal e ainda iii) auxiliar na concretização da Constituição por meio de um processo deliberativo, no qual cada um dos poderes tem a possibilidade de contribuir com seus conhecimentos específicos para tornar a interpretação constitucional mais qualificada.<sup>34</sup>

O foco deste texto será, do ponto de vista dos diálogos institucionais, o estudo da relação entre as leis e as decisões do Poder Judiciário, muito embora se reconheça que esses diálogos acontecem de outras formas. No entanto, um importante desafio doutrinário é o de desenvolver standards especialmente da relação entre as leis infraconstitucionais e os precedentes de natureza constitucional.

31. Destaca a doutrina que essa seria uma prática da Suprema Corte Canadense: HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)... cit., p. 80.
32. KATYAL, Neal K. Judges as advice givers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. Esse modelo, no entanto, não é imune a críticas: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit., p. 1.123-1.128.
33. Essa prática já foi realizada pelo Conselho Constitucional francês: MILLET, François-Xavier. Temporal effects decisions in France. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 115-120. Uma situação desse tipo já ocorreu no Brasil, muito embora não tenha sido em situação de superação de precedentes. No caso da ADIN 2.240, foi decretada a inconstitucionalidade, sem reconhecimento de nulidade por 24 meses, da lei que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Nessa situação, o STF, ao invés de, por si só, criar uma situação de transição, permitiu que legislador estadual reapreciasse a questão após a criação, pelo Congresso Nacional, da Lei Complementar a que faz referência o art. 18, §4º, da Constituição. (STF, Tribunal Pleno, ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, DJE 03/08/2007).
34. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*... cit., p. 356-357.

### 3. AS FORMAS DE DIÁLOGO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES

Pelo apontado anteriormente, o Judiciário não deve ser e, na verdade, não é o detentor da última palavra sobre a Constituição. Em relação ao Legislativo, o desafio a ser enfrentado é acerca das formas com pelas quais esse diálogo pode ser implementado com o Poder Judiciário à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Existem duas formas de implementação desse diálogo: as emendas constitucionais e as leis infraconstitucionais. Cada uma dessas possibilidades possui limites diversos, motivo pelo qual serão tratadas em tópicos diferentes.

#### 3.1. A interpretação constitucional e as emendas constitucionais

De início, não parecem existir dúvidas de que o posicionamento do STF sobre matéria constitucional pode ser alterado por meio de emenda constitucional.<sup>35</sup> Quando há alteração da própria Constituição, pelo poder constituinte derivado, é a própria base normativa sobre a qual atuou o STF em sua atividade interpretativa que é modificada. Ou seja, com a alteração da base normativa do posicionamento jurisprudencial, na maioria das situações, considera-se que aquele precedente foi revogado de forma automática, independentemente de ulterior manifestação do tribunal.

A utilização de emendas para a superação de posicionamentos jurisprudenciais já foi realizada diversas vezes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial em matéria tributária.<sup>36</sup> O exemplo mais recente em que essa prática foi utilizada foi por meio de emenda constitucional n. 97, de 2017, na qual se afirmou que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. Tal emenda constitucional veio como uma forma de alterar o posicionamento do STF no julgamento da ADI 4.983, em que se considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada que, por isso, seria atividade vedada pelo art. 225, §1º, VII, da CRFB.<sup>37</sup>

Há se de compreender que a possibilidade de superação normativa por meio de emenda constitucional da decisão de inconstitucionalidade do STF não implica necessariamente a supremacia parlamentar, eis que ainda há a possibilidade de

35. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 133.

36. Mencionando diversos exemplos: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 357-364; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., p. 178-192.

37. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016, DJe 27/04/2017.

controle de constitucionalidade de tal escolha legislativa. Mais, a exigência de um processo mais rígido – aprovação de emenda constitucional- somada ao custo político da superação explícita de decisões do STF dificulta a banalização de tal prática, que tende a ser realizada apenas quando haja forte consenso contrário à decisão judicial.<sup>38</sup>

Mesmo quando a alteração de posicionamento é veiculada pelo meio adequado - a emenda constitucional - ainda podem surgir problemas, eis que é possível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. No entanto, em tais situações, a atuação do STF, no sentido de não admitir tal mudança de posicionamento é bastante limitada, eis que a única hipótese de não admiti-la é por meio do reconhecimento de violação às cláusulas pétreas<sup>39</sup> ou por alguma inconstitucionalidade formal.

Um último aspecto a ser mencionado é o de que há um caso em que a última palavra provisória pertence ao STF, que é na situação em que uma emenda constitucional é considerada inconstitucional. Nessa situação, embora não haja uma vedação *a priori* de que outra emenda constitucional com o mesmo teor seja editada, ela não alterará automaticamente o posicionamento do STF, que apenas poderia ser feito por meio de uma ruptura da ordem constitucional.<sup>40</sup> A sua situação será semelhante a uma lei que visa alterar interpretação constitucional adotada pelo STF, ou seja, inaugurará uma nova rodada de debates, sem que haja alteração automática da posição do tribunal.

### **3.2. A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais**

A questão mais problemática dos diálogos institucionais é direcionada à possibilidade de utilização das leis infraconstitucionais em relação à interpretação do STF em matéria constitucional.

Alguns autores e o próprio STF já abordaram a temática. Será feita uma breve análise crítica de alguns posicionamentos, para, posteriormente, ser feita uma proposta de abordagem do tema.

#### *3.2.1. O STF e o diálogo institucional – o caso das leis infraconstitucionais*

Em alguns julgados, a serem mencionados neste tópico, houve a tentativa de alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal por meio da utilização da legislação infraconstitucional. Como se pretende demonstrar, a posição da Corte vem caminhando de uma postura mais juriscêntrica em direção à admissão de uma maior abertura ao diálogo com o Poder Legislativo, como se infere da mais recente decisão sobre o tema.

38. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 353.

39. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., 142-143.

40. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico VII, 2.1.

Na ADI 2.797, o STF analisou o problema do cabimento de lei ordinária (Lei n. 10.638/2002) em sentido contrário a posicionamento do tribunal. A referida legislação alterou o art. 84, §§ 1 e 2º, do CPP, de forma a restabelecer o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos ou mandatos eletivos. No momento em que editada a lei, a orientação do STF era no sentido de que o término do mandato implicaria a perda automática do foro aos ex-ocupantes de cargos político-eletivos.<sup>41</sup> A lei objeto da ADI 2.797 teve por objetivo alterar o posicionamento do STF e, no caso, prevaleceu o posicionamento do rel. Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que a lei seria inconstitucional por vício formal, sob a fundamentação de que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.<sup>42</sup> Enfim, a primeira análise mais aprofundada do STF foi bastante refratária a qualquer possibilidade de diálogo com o Poder Legislativo.

No entanto, pouco tempo depois, o STF teve de abordar tema semelhante e, desta vez, prevaleceu entendimento diverso. Na ADI 3.772 foi julgada constitucional a Lei n. 11.301/2006, a qual veiculou entendimento divergente do STF sobre o sentido da expressão *funções de magistérios* para efeitos de cômputo de tempo da aposentadoria especial, texto constante do art. 40, §5º, da CRFB.<sup>43</sup>

O STF adotava uma interpretação estrita do termo, ou seja, o magistério apenas seria caracterizado pelo exercício de função em sala de aula, inclusive posicionando-se por meio da súmula n. 726.<sup>44</sup> A nova lei, no entanto, afirmou que *funções de magistério* seriam preenchidas também por “professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas” com a inclusão das atividades de “direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico” para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores. Nesse julgado, o STF admitiu a atuação do legislador como intérprete da Constituição e considerou a nova interpretação como constitucional.

Situação semelhante foi verificada quando, no julgamento do RE 633.703,<sup>45</sup> aceitou a alteração proposta pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), vedando a candidatura de quem fosse condenado por órgão colegiado, quando o TSE tinha entendimento

41. STF, Tribunal Pleno, Inq 687 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001.

42. STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

43. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.772, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/10/2008, DJe 29/10/2009.

44. S. 726: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

45. STF, Tribunal Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJe 17/11/2001.

uniforme, chancelado pelo STF na ADPF 144,<sup>46</sup> de que tal vedação seria admitida tão somente após o trânsito em julgado.

Em julgado recente, o STF voltou a abordar o tema, na ADI 5.105,<sup>47</sup> tendo uma posição mais aberta quanto ao tema dos diálogos institucionais em análise da Lei n. 12.875/213, em que houve tentativa de superação do entendimento do STF nas ADINs n. 4.430<sup>48</sup> e 4.795, julgadas em conjunto. Nas ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas, o STF havia fixado posicionamento de que, para fins de apuração do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão, o art. 17 da CRFB consagraria o direito político fundamental da liberdade da criação de partidos e tutelaria igualmente as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante se essa representatividade resultaria, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. A Lei n. 12.873/2013, por outro lado, tinha a previsão de que as regras que tratam da distribuição do direito de antena e o acesso ao fundo partidário não alcançariam as agremiações criadas no curso da legislatura. Embora o STF, ao final, tenha considerado que o legislador não trouxe fundamentos para legitimar a reversão da interpretação do tribunal, admitiu-se como legítima a utilização da legislação infraconstitucional como forma de superar o entendimento do STF, com longas considerações sobre o tema feitas pelo relator Luiz Fux.

Partiu-se do pressuposto de que o direito positivo não vincula o legislador às decisões do STF e que o dever de fundamentação das decisões judiciais forçaria o STF, mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, a enfrentar a controvérsia à luz dos novos argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. Do ponto de vista teórico seria o caso de acolher a reflexões da teoria dos diálogos, no sentido de evitar que o Poder Judiciário venha a se arvorar como intérprete único da Constituição, devendo ser considerada igualmente a participação do legislador.

Sobre o papel da legislação infraconstitucional, afirmou-se que essa, ao tentar superar a jurisprudência do STF, teria uma presunção de inconstitucionalidade, que deveria ser superada pelo legislador por meio da demonstração argumentativa de que a correção do precedente seria adequada, demonstrando que as premissas fáticas e jurídicas utilizadas pelo tribunal não mais subsistem.

Luis Roberto Barroso, em seu voto, acrescentou que caberia ao Congresso Nacional o oferecimento de razões que demonstrem a possibilidade de existir mais de uma interpretação razoável do assunto que seja compatível com a Constituição, bem como de oferecer as razões pelas quais estaria optando por uma interpretação diversa da adotada pelo Judiciário. Caso tais considerações estejam presentes, a palavra final

46. STF, Tribunal Pleno, ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/2008, DJe 26/02/2010.

47. STF, Tribunal Pleno, ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, DJe 16/03/2016.

48. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29/06/2012, DJe 19/09/2013.

deveria ser a do Congresso, eis que a decisão política deveria ser tomada por quem tem voto, exceto se a Constituição impuser de forma diversa.

Enfim, o que se percebe pelos posicionamentos mais recentes é um Supremo Tribunal Federal mais aberto ao diálogo com as outras instituições, admitindo a atuação do legislador como intérprete da Constituição, estando, ao menos em tese, aberto ao debate a partir dos argumentos apresentados por eventual lei superadora de entendimento do STF. De qualquer forma, esse é um tema ainda em desenvolvimento no próprio STF, mas a tendência parece ser a de consideração dos argumentos do Legislativo e a possibilidade de, preenchidos alguns requisitos, haver a mudança da interpretação da Constituição por forças além do próprio Judiciário.

### 3.2.2. *Os pontos de vista doutrinários*

A doutrina tem começado a se preocupar com a temática e passam a surgir alguns posicionamentos abordando as condicionantes da legislação superadora de entendimento do STF. Nesse tópico, será feita uma análise dos principais posicionamentos doutrinários, com alguns apontamentos críticos.

Inicialmente, há quem manifeste posicionamento mais restrito à liberdade do legislador, como é o caso de Canotilho. Segundo o autor, haveria, em regra, a proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional e mesmo de lei que recupere o conteúdo de lei reconhecida como inconstitucional, mas com nova formulação. Tal seria uma espécie de limite jurídico-constitucional decorrente do princípio da constitucionalidade. Ocorreria uma mudança de uma relação bilateral (Constituição-lei) e se tornaria uma relação trilateral (Constituição-sentença-lei), em que o parâmetro positivo da Constituição seria mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. São admitidos temperamentos, tais como: i) a lei de revisão venha a constitucionalizar a disciplina ou o regime jurídico anteriormente tido como inconstitucional ou permita ao legislador tratar novamente da disciplina com conteúdo idêntico ao de leis declaradas inconstitucionais ou ii) seja identificada uma alteração da concepção dos valores radicados na consciência jurídica cabendo ao legislador atualizar as normas de acordo com os novos princípios ou valores.<sup>49</sup>

Pela doutrina do diálogo institucional já mencionada anteriormente, bem como pelas características do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode concordar com a vinculação do legislador à decisão do STF. Seria adotar uma visão de *judicial review* extremada, em que não se admitiria quase nenhuma participação do legislador infraconstitucional na interpretação da Constituição.

A possibilidade de existirem novas rodadas de discussão mediante a utilização de leis infraconstitucionais para o enfrentamento de posicionamento diverso do STF possui

49. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.011.

a vantagem de estimular o diálogo entre as instituições e criar um maior equilíbrio institucional entre elas.<sup>50</sup> Note-se que limitar o diálogo às emendas constitucionais teria o efeito de diminuir a amplitude do diálogo, eis que o controle de constitucionalidade estaria limitado à violação das emendas constitucionais.

Luis Roberto Barroso aponta que seria possível ao legislador promover uma tentativa de mutação constitucional, alterando, por meio de lei infraconstitucional, interpretação que vinha se dando a determinado dispositivo constitucional. O autor parte do raciocínio de que, se o dispositivo constitucional admite mais de uma interpretação, seria possível que o legislador optasse por uma delas, embora não negue a possibilidade do controle de constitucionalidade sobre tal lei.<sup>51</sup> Basicamente o que parece defender o autor é o de que se deve respeitar, ao menos, a possibilidade de o legislador participar da interpretação constitucional e que não se deve admitir que a lei, apenas por divergir do entendimento do STF seria inconstitucional. Segue aqui, de forma mais simples o seu voto nos autos da ADI 5.105.

Rodrigo Brandão adota entendimento semelhante, mas traz mais algumas considerações, dentre elas a posição de que, em geral, tais leis alteradoras de entendimento do STF terão uma presunção de inconstitucionalidade.

De acordo com o autor, caso o STF tenha declarado a inconstitucionalidade dos *objetivos* da lei, a forma adequada para a superação do entendimento seria por meio de emenda constitucional e a reversão por lei ordinária dependeria de o legislador trazer sólidas razões que pudessem convencer o tribunal do equívoco de sua orientação anterior ou da sua inadequação diante de um novo contexto fático.<sup>52</sup>

Por outro lado, caso o STF invalidasse tão somente *a medida tomada pelo legislador*, mas não os objetivos da norma, seria possível ao legislador a aprovação de lei ordinária que viesse a substituir a medida declarada inconstitucional pelo STF por outra compatível com tal decisão e que também se revele apta a atingir o objetivo perseguido pelo legislador. Nessas situações, reconhece que não há propriamente reversão legislativa, pois haveria uma incorporação da *ratio decidendi*, eis que o Congresso Nacional iria substituir a medida contida na primeira lei por uma outra que fosse fiel ao objetivo do legislador e seguisse o entendimento do STF. Em tal situação, a lei seria detentora da presunção de constitucionalidade.<sup>53</sup>

Gustavo da Gama Vital de Oliveira defende que a lei ordinária poderia superar entendimento do STF em matéria constitucional nas seguintes situações:

50. ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional... cit., p. 145.
51. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.
52. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 380.
53. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 380.



i) caso houvesse mudança no posicionamento do STF acerca de um tema que possui aplicação uniforme aos dispositivos constitucionais *a* e *b*, mas a mudança atinja apenas o primeiro tema, o legislador infraconstitucional poderia regular o tema *b* de acordo com o novo entendimento, sem a necessidade de emenda constitucional. Para ilustrar essa situação, usa o seguinte exemplo: se o STF passasse a entender possível a progressividade de alíquotas do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e a doação mesmo sem expressa previsão constitucional, o legislador municipal, sem que houvesse emenda constitucional, poderia editar lei que trate da progressividade do ITBI, que também é imposto real e estaria superada a súmula n. 656 do STF.<sup>54</sup>

Esse não é um exemplo feliz. Essa não é propriamente uma superação legislativa de entendimento do STF. A bem da verdade, baseando-se em uma teoria dos precedentes, caso fosse possível identificar, no julgado do STF a possibilidade ampla da progressividade de impostos reais sem previsão constitucional, seria o próprio tribunal que teria alterado o seu posicionamento e a *ratio decidendi* desse caso poderia ser aplicado aos demais impostos reais. Em outros termos, é uma questão que se resolve dentro do próprio judiciário. Se um determinado município vier a editar lei prevendo a progressividade no ITBI, ele estaria aplicando a *ratio decidendi* do STF, sem que houvesse propriamente uma superação legislativa.

Isso seria mais perceptível a partir de exemplo semelhante, em que a única diferença é que a lei municipal fosse anterior ao julgamento do STF acerca da alíquota do imposto sobre transmissão *causa mortis*. No momento em que fosse judicializada essa lei e questionada sua constitucionalidade após o julgamento do outro imposto, a tendência seria o próprio STF reconhecer a sua constitucionalidade. Isso significa que não foi a lei municipal que alterou o posicionamento do STF, mas o próprio tribunal, a partir da aplicação da *ratio decidendi* definida em um caso semelhante.

O segundo exemplo utilizado pelo autor tem por base o desenvolvimento de um entendimento jurisprudencial justificado por circunstâncias peculiares, caso em que o legislador poderia ter confiança de que, se o tema fosse novamente analisado, haveria a possibilidade de modificação do posicionamento. As circunstâncias peculiares mencionadas pelo autor seriam decisões em maioria apertada, a mudança de composição da Corte e o fato de o precedente que se pretende corrigir ter contrariado entendimento histórico do tribunal acerca da matéria.<sup>55</sup>

Esse segundo posicionamento dever ser vislumbrado com certo cuidado. O autor dá a entender que o posicionamento do STF, em tais situações, seria automaticamente alterado pela alteração legislativa. Não se concorda com tal ponto de vista. Não é a existência de maioria apertada que torna o precedente não vinculante ou mais flexível a ponto de poder ser alterado pela legislação infraconstitucional.

54. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., 138-139.

55. Idem, *ibidem*, p. 139.

### 3.2.3. *Uma análise crítica e propostas de interpretação do diálogo entre o STF e o Legislativo*

Uma primeira observação é a de que, independente do posicionamento adotado, não há uma vedação constitucional de edição de lei em sentido contrário a precedente firmado pelo STF. Isso porque tanto o tratamento normativo das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação direta de constitucionalidade (art. 103, §2º, CRFB), quanto a súmula vinculante (art. 103-A, CRFB) não inserem o Poder Legislativo no rol de destinatários de sua eficácia vinculante.<sup>56</sup> Ou seja, mesmo que o STF afirme que uma determinada lei é inconstitucional, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, o Poder Legislativo, no dia seguinte, poderia editar uma lei com o mesmo conteúdo, entendimento admitido pelo próprio STF<sup>57</sup> ou mesmo uma que veicule interpretação diversa da adotada pelo STF.

Especialmente nos casos do controle concentrado de constitucionalidade, devido à retirada do ordenamento jurídico da lei reconhecida como inconstitucional, caso não houvesse possibilidade de reiteração da lei ou de edição de lei com conteúdo semelhante, a posição do Judiciário, salvo emenda constitucional, em tese, jamais poderia ser revista.<sup>58</sup> Especialmente se for analisada uma lei editada pela União, não haveria como ocorrer a superação do precedente formado na decisão de inconstitucionalidade, eis que a lei não mais estaria em vigor. A possibilidade de edição de lei em sentido contrário a decisão do STF em matéria constitucional atuaria como uma forma abrir o direito às mudanças das condições sociais e da própria consciência social sobre um determinado tema.<sup>59</sup>

No entanto, é importante que se questione se essa legislação possui a mesma presunção de constitucionalidade a qual possuem, em geral, as leis. É possível aqui fazer um breve parêntese acerca da significação da presunção de constitucionalidade. Ela gera, de acordo com a doutrina, duas regras tradicionais da hermenêutica: i) na dúvida, deve se decidir pela constitucionalidade, ou seja, apenas deve ser decretada a inconstitucionalidade quando esta seja manifesta e ii) deve-se adotar a interpretação

56. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., p. 55, 138; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional...* cit., tópico 10.3.2. No mesmo sentido, mas sem fazer menção aos textos normativos mencionados: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 257-258. Usando a mesma argumentação: STF, Tribunal Pleno, ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, DJe 16/03/2016.

57. STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.617 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

58. A única hipótese em que seria possível vislumbrar a revisão desse entendimento seria por meio de uma reclamação ajuizada em face de ADIN julgada procedente pelo STF, em que o tribunal, embora não possa ressuscitar a lei, poderia rever seu posicionamento quanto a inconstitucionalidade dessa regulação.

59. Esse foi o argumento utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão para admitir uma espécie de direito de uma segunda prova por parte do legislador, que poderia editar lei declarada como inconstitucional (LIMBACH, Jutta. *Papel y poder del tribunal constitucional...* cit., p. 98-99).

que torne a lei compatível com a Constituição. Concorde-se aqui com a crítica de Marcelo Neves, no sentido de que essa regra tem apenas a função pragmática de permitir o adequado funcionamento do ordenamento jurídico, impedindo que os indivíduos pudessem se rebelar contra as leis cada vez que as considerassem inconstitucionais, mas, por outro lado, ela não chega a ser capaz de gerar um critério capaz de orientar o intérprete.<sup>60\_61</sup>

Do ponto de vista do direito positivo, no entanto, há uma regra que objetiva densificar a presunção de constitucionalidade, que é a exigência da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB). É sob esse ponto de vista que parece possível defender que, em certos casos, a lei que atenta contra posicionamento do STF não teria, sobre si, a presunção de constitucionalidade, não exigindo a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB).<sup>62</sup> Tal raciocínio pode ser extraído do art. 949, parágrafo único do CPC/2015, o qual dispensa a exigência de remessa ao plenário ou ao órgão especial quando a inconstitucionalidade já tiver sido pronunciada pelo plenário do STF. O raciocínio nesse caso, seria o de uma interpretação sistemática do art. 927 do CPC/2015, que estabelece a vinculação a precedentes, em conjunto com o art. 949, parágrafo único, já mencionado. Perceba-se que, se o legislador edita novamente lei reconhecida como inconstitucional pelo STF ou que veicule interpretação diversa da adotada por essa Corte, viola a *ratio decidendi* do precedente do STF. *Nessas situações, por mais que não seja a mesma lei, não deve haver a exigência da cláusula de reserva de plenário.*

Situação semelhante à mencionada poderia ser vislumbrada caso o STF reconhecesse a inconstitucionalidade de uma determinada lei municipal, por considerar que ela versa sobre direito civil, matéria de competência exclusiva da União (art. 22, I, CRFB). Se um determinado tribunal vier a analisar lei de outro município, mas idêntica a reconhecida como inconstitucional pelo STF, também não haveria necessidade da cláusula de reserva de plenário pela aplicação da *ratio decidendi* do STF formada na análise da lei igual, mas de outro município.

Apenas destaque-se que se exige, ao menos, que a decisão advenha do plenário do STF, requisito a ser extraído do parágrafo único do art. 949 e também do art. 927, V, ambos do CPC/2015. Além disso, para que se verifique haver a necessidade

60. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 145-148.

61. Importante aqui a menção ao desenvolvimento da presunção graduada de constitucionalidade dos atos normativos, o que pode trazer maior densidade e utilidade para a denominada presunção de constitucionalidade: SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio Souza. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 06, nº 02, 2013, disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>, acesso às 20h, do dia 23 de outubro de 2017, p. 146-157.

62. Rodrigo Brandão não trata do problema da cláusula de reserva de plenário, no entanto, afirma que “tais leis nasceriam com presunção relativa de inconstitucionalidade diante da sua incompatibilidade com a atual interpretação constitucional do STF”. (*Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 373)

de dispensa da cláusula de plenário, será importante comparar a lei com a *ratio decidendi* desenvolvida na decisão do STF que teria sido contrariada pela nova lei. A doutrina já identificou enorme dificuldade no design institucional do STF para que haja uma deliberação de qualidade enquanto Corte e, com isso, para a formação de precedentes.<sup>63</sup> E, de acordo com a teoria dos precedentes, quando não é possível identificar uma *ratio decidendi* compartilhada ao menos por uma maioria de ministros, é possível haver uma decisão sem a formação de precedente.<sup>64</sup>

Em uma situação em que haja decisão do STF, mas não haja uma *ratio decidendi* compartilhada por uma maioria de ministros, a cláusula de reserva de plenário ainda seria aplicável, eis que não haveria precedente e, por consequência, não haveria eficácia vinculante a embasar a não incidência do artigo que trata da dispensa de remessa ao plenário quando já exista decisão do STF.

Há, ainda uma outra hipótese a ser considerada, em que há necessidade de verificar as formas de diálogo que podem ser efetuadas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. No panorama atual da Teoria do Direito, é reconhecido que um determinado texto normativo pode permitir diversas interpretações<sup>65</sup> e isso fez com que houvesse o desenvolvimento de diversas técnicas decisórias no controle de constitucionalidade sem a necessidade do reconhecimento da nulidade do texto normativo. As principais técnicas são a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução do texto, que serão analisadas nos próximos tópicos.<sup>66</sup>

---

63. Ver, dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how?. *European Journal of Legal Studies*, v. 9, 2017; SILVA, Virgílio Afonso da. ‘Um voto qualquer’? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013; MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

64. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 166-167.

65. Por exemplo, ao mesmo tempo em que uma norma pode ser construída pelo sistema, por diversos textos em conjunto, existem também textos sem norma. Como exemplo do primeiro caso, temos o princípio da cooperação no período de vigência do CPC/1973; do segundo, o texto constitucional que garante a proteção de Deus. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-31). Importante frisar que não se adota aqui o realismo jurídico. O intérprete está condicionado pelas “mensagens” dos textos normativos. (NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 8-11). Consoante aponta Adriano Soares da Costa, “A significação se contém no texto, mas não apenas nele”. (COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7).

66. Seria ainda possível mencionar a declaração de constitucionalidade e a lei ainda constitucional, caso em que há o reconhecimento da constitucionalidade do texto normativo, mas a afirmação de que essa constitucionalidade tem por base uma circunstância de fato que pode ser modificada no tempo. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 483-484).

Na interpretação conforme a Constituição, dogmaticamente, há a declaração da constitucionalidade de um determinado texto normativo, com a interpretação que for conferida pelo órgão judicial,<sup>67</sup> como uma forma de evitar a declaração de inconstitucionalidade. Essa técnica já foi utilizada pelo STF, por exemplo, no julgamento da ADI 4.277, em que o STF reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, atribuindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele “excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.<sup>68</sup>

Na declaração de nulidade sem redução do texto, há a exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo sem que haja alteração do texto normativo.<sup>69</sup> Essa técnica foi empregada no julgamento da ADI 1.946, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14 da EC 20/98 (que instituiu o teto para os benefícios previdenciários do RGPS), para excluir sua aplicação ao benefício do salário maternidade (licença gestante), que deveria ser pago sem sujeição a teto e sem prejuízo do emprego e do salário, conforme o art. 7º, XVIII, da CF.<sup>70</sup>

No caso da interpretação conforme a Constituição, uma lei em sentido contrário ao sentido que entendeu o STF, ter-se-ia violação a *ratio decidendi*. Em tal hipótese, seria viável falar em situação em que há dispensa da cláusula de reserva de plenário.

Na declaração de nulidade sem redução do texto, seria possível imaginar que o legislador viesse a adotar um posicionamento diverso daquele utilizado pelo STF, mas que não violasse a *ratio decidendi* adotada pelo tribunal. Não haveria presunção de inconstitucionalidade e, para que houvesse o seu reconhecimento, haveria necessidade de submissão à cláusula de reserva de plenário.

Pode-se pensar em mais uma regra argumentativa: caso haja divergência entre as turmas do STF, se o legislador editar texto normativo acolhendo uma das posições, deve ser dada preferência à tese escolhida pelo Poder Legislativo, na situação em que venha o STF novamente a decidir sobre o tema. Claro que nessa situação não se tem uma revogação de entendimento do STF, mas há um inegável diálogo, em que o legislador opta por acolher uma das interpretações adotadas pela própria Corte. Seria uma forma adequada de prestigiar a função do Poder Legislativo na interpretação da Constituição.

67. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO - comentários à Lei n. 9.868/1999. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 529; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 773; SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 885; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

68. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

69. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*... cit., p. 529.

70. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16/05/2003.

A relação entre a lei e os precedentes constitucionais do STF é mais complexa do que *revogar* ou *não* o entendimento da Corte. Na ideia de um diálogo em um ambiente deliberativo é mais viável trabalhar com *graus de deferência entre o Legislativo e o Judiciário, em formas de editar leis que dialoguem com o STF*. Conrado Hübner, por exemplo, trabalha com a possibilidade de “uma nova lei ligeiramente modificada, que faça concessões aos testes constitucionais do STF, ou mesmo uma lei idêntica à anteriormente invalidada, mas acompanhada de um processo deliberativo mais intenso”,<sup>71</sup> que seria uma forma de dialogar com o STF e que são mais eficazes do que simplesmente desafiar a Corte com uma lei em sentido contrário.

*É possível trabalhar com ônus argumentativos diversos a depender da situação concreta*. Perceba-se que, em certas situações, uma determinada lei tem sua inconstitucionalidade reconhecida e posteriormente há edição de uma lei semelhante à reconhecida como inconstitucional. Nesse caso, *houve uma escolha por parte do legislador e essa foi tida como inconstitucional pelo STF*. Essa escolha foi *repetida*, desafiando o STF a emitir novo posicionamento sobre algo que já foi decidido e considerado como inconstitucional.

Em outro caso, não há lei reguladora, o que se tem é a adoção de uma determinada interpretação adotada pelo STF diretamente da Constituição. Posteriormente, o legislador opta por editar lei regulamentando o texto constitucional em sentido diverso daquele adotado pelo STF. Perceba-se que nessa situação, o legislador ainda não havia optado por interpretar o texto constitucional.<sup>72</sup>

Na primeira situação, o legislador teria o ônus de convencer o STF de que existem razões não consideradas ou que o contexto fático mudou e que, a partir da edição da nova lei, não haveria mais inconstitucionalidade. Na segunda situação, cabe ao STF verificar se há propriamente alguma inconstitucionalidade na escolha que foi adotada pela primeira vez pelo legislador. *Formalmente* seria possível destacar que ambas violariam *ratio decidendi* adotada pelo STF, no entanto, do ponto de vista argumentativo são diferentes. O legislador, na segunda situação, não precisa argumentar no sentido de que a sua primeira escolha pode ser repetida e que, agora, é constitucional, mas tão somente que a sua escolha não é vedada pela Constituição.<sup>73</sup>

### **3.3. Para além do STF: apontamentos sobre o diálogo entre o Poder Legislativo e o STJ**

Conforme discutido nos tópicos anteriores, há considerável produção acadêmica e de decisões judiciais sobre a relação entre a interpretação constitucional por parte

71. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico VII, 2.1.

72. Esse foi o caso da lei que regulou o foro de prerrogativa de função, já mencionado nesse texto.

73. Em sentido contrário, aparentemente entendo que as duas situações são idênticas: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 378.

do STF e do Poder Legislativo. No entanto, não parece haver interesse doutrinário na discussão sobre a teoria dos diálogos institucionais e a sua relação com interpretação dada pelo Poder Judiciário à legislação infraconstitucional e à legislação local, muito embora estas também sejam relevantes.

Seria simples presumir que a interpretação dada pelos tribunais superiores e os locais em suas esferas legislativas nas quais devem ser os intérpretes finais serão automaticamente revogados pela legislação posterior. Afinal, o raciocínio poderia ser equiparado àquele existente entre a interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais em sentido contrário, com a vantagem da inexistência da barreira das cláusulas pétreas. Ou seja, em tese, não haveria qualquer limite a alteração do posicionamento dos tribunais quanto à legislação infraconstitucional, mediante a atuação do Poder Legislativo, salvo, se, eventualmente, a nova opção legislativa seja inconstitucional

Uma dificuldade que pode ocorrer é nas situações em que o texto normativo que atuou como base para o desenvolvimento de um posicionamento jurisprudencial é alterado, mas não se trata de uma evidente mudança na linha do entendimento jurisprudencial. De fato, essa situação pode ocorrer igualmente nos casos de interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais posteriores, entretanto, são desconhecidas situações em que há dúvida se a alteração constitucional visa ou não alteração de posicionamento da Corte Constitucional. É provável que isso ocorra porque o número de emendas é consideravelmente menor do que o número de leis infraconstitucionais, havendo um maior cuidado na redação das alterações constitucionais, sendo evidente quando seu propósito é o de mudar a interpretação do STF.

Como meio de avaliar a relação entre o STJ e a legislação infraconstitucional, é possível o estudo da variação dos precedentes daquele tribunal e a entrada em vigor do CPC/2015. Há diversos textos normativos da legislação processual que conflitam com posicionamentos consolidados do STJ, sendo interessante a verificação de qual tem sido o resultado da interação entre a atividade do legislador e essa Corte.

Um exemplo de confronto entre o posicionamento jurisprudencial do STJ e a nova legislação pode ser verificado entre a súmula 306 e o art. 85, §14, do CPC. Segundo o enunciado sumular, editado em 2004, “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Por sua vez, o texto normativo do CPC/2015 é expresso ao afirmar que “Os honorários constituem direito do advogado (...) sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”. Ora, trata-se de evidente conflito entre um entendimento jurisprudencial e uma legislação posterior.<sup>74</sup>

74. Essa também vem sendo a conclusão doutrinária, conforme se infere do enunciado n. 244 do FPPC: Ficam superados o enunciado 306 da súmula do STJ (“Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do

Embora ainda não exista, naquele tribunal, decisão relativa ao art. 85, §14, do CPC/2015, já é possível verificar a tendência de admissão da alteração do entendimento da súmula 306. Em diversos julgados têm afirmado o tribunal que deve prevalecer a possibilidade de compensação tão apenas porque a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973.<sup>75</sup> É possível inferir, de tais decisões, que, para as decisões posteriores à entrada em vigor do CPC/2015, não é mais possível a aplicação da súmula 306, prevalecendo o art. 85, §14.

Outro interessante exemplo de diálogo entre o STJ e a legislação parte da súmula 406, segundo a qual, “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. De acordo com esse entendimento, se, de um acórdão, uma parte viesse a interpor o recurso especial e, posteriormente, a outra opusesse embargos de declaração, após o julgamento deste recurso, a que havia interposto o recurso especial deveria ratificar o recurso. Do contrário, o STJ o consideraria como inadmissível.

Ocorre que o CPC/2015, mais uma vez, firmou posicionamento contrário ao do STJ por meio do art. 1.024, §§4º e 5º. Especialmente o §5º afirma que se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem o julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado independentemente de ratificação.

Tendo por base a nova legislação – e mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015 – o STJ começou a alterar o seu posicionamento. Ainda em 2015, veio a afirmar que “Não é necessária a ratificação do recurso interposto na pendência de julgamento de embargos de declaração quando, pelo julgamento dos aclaratórios, não houver modificação do julgado embargado”.<sup>76</sup> Posteriormente à entrada em vigor do CPC/2015 esse entendimento foi consolidado por meio da revogação da súmula 406 e da edição da súmula 579, segundo a qual “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior”.

Há, por outro lado, situações em que a revogação de um determinado entendimento do STJ não é evidente pela nova legislação – ou ao menos assim não vislumbra o STJ.

Um exemplo é o caso da súmula n. 568 do STJ, editada em março de 2016, segundo a qual, “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar

---

saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”) e a tese firmada no REsp Repetitivo n. 963.528/PR, após a entrada em vigor do CPC, pela expressa impossibilidade de compensação. Na doutrina, cf.: MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao enunciado n. 244. PEIXOTO, Ravi (coord.). *Enunciados FPCC organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 89-91.

75. STJ, 2ª T., EDcl no AgInt no AgInt no AgInt no REsp 1.641.365/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06/03/2018, DJe 12/03/2018; STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1.131.853/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/02/2018, DJe 16/02/2018; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.034.509/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 06/06/2017, DJe 13/06/2017.
76. STJ, Corte Especial, REsp 1.129.215-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/09/2015 (Info 572).



ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. É importante salientar que todos os precedentes que deram origem à súmula foram julgados em momento anterior a entrada em vigor do CPC/2015.

Sob a vigência do CPC/1973, o art. 557, *caput* e §1º, permitiam a decisão monocrática para o julgamento pela improcedência ou procedência do recurso com base na jurisprudência dominante de tribunal superior, concedendo base normativa para a mencionada súmula. No CPC/2015, o art. 932 não repetiu essa regulação, apenas permitindo o julgamento monocrático em situações específicas, não constando dentre elas a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, o que deveria impedir a manutenção da vigência da súmula n 568 do STJ. No entanto, de acordo com esse tribunal, a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ permitiria o julgamento monocrático. Essa seria a “eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015”.<sup>77</sup>

Ao que parece, o STJ, a partir da entrada em vigor do CPC, permitiu a manutenção *contra legem*, de súmula que não possui mais base normativa. Não parece que se possa justificar esse posicionamento, por exemplo, por meio de menção ao art. 34, XVIII, *b* e *c*, do RISTJ, por não se tratar de matéria afeta ao regimento interno, mas dependente de lei.

Outra situação de aparente conflito entre a jurisprudência do STJ e o CPC/2015 ocorre com o dever de justificação das decisões. Sob a égide do CPC/1973, sempre prevaleceu a posição de que o julgador não teria o dever de rebater todos os argumentos das partes, bastando que tenha uma fundamentação clara, coerente e suficiente.<sup>78</sup>

O CPC, em tese, teve por objetivo combater exatamente esse posicionamento, eis que, de acordo com o art. 489, §1º, IV, “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Parece evidente que enfrentar todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão do julgador é incoerente com a admissão de que ao julgador basta fundamentar de forma clara e suficiente, não havendo a necessidade de enfrentar

77. STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

78. STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.360.282/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04/02/2016, DJe 17/02/2016; STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1.324.557/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04/02/2016, DJe 18/02/2016; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 747.197/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/11/2015, DJe 09/12/2015; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 756.512/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/10/2015, DJe. 13/11/2015; STJ, 2ª T., REsp 1.528.524/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

todos os argumentos trazidos pelas partes.<sup>79</sup> Afinal, uma decisão pode estar bastante clara em sua fundamentação, mas ignorar todos os argumentos das partes. Essa não foi, no entanto, a tese que prevaleceu no STJ, segundo o qual, a entrada em vigor do CPC/2015 em nada alterou seu entendimento anterior, não sendo necessário ao julgador rebater todos os argumentos das partes, bastando que seja “possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte”.<sup>80</sup>

Do ponto de vista teórico, a legislação infraconstitucional é detentora da mesma hierarquia da base normativa utilizada pelo STJ e demais tribunais superiores para a fixação de seus precedentes. Isso permite, tal qual ocorre com a interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais, que os precedentes dos tribunais superiores sejam alterados por meio de legislação editada em sentido contrário.

Ocorre que, como visto, por vezes, essa relação torna-se nebulosa, recusando-se o STJ a alterar os seus posicionamentos mesmo que a legislação aponte em sentido contrário. Trata-se de constatação que, de certa forma, atenta contra a separação dos poderes, eis que precedentes que perdem sua base normativa acabam sendo sustentados por uma discricionariedade injustificada do Poder Judiciário.

#### 4. ENTRE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E ALTERAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO

Passando a fazer breves considerações acerca da teoria dos precedentes, destaca-se que é importante realizar um diálogo desta com a teoria dos diálogos institucionais. É que em ambas há possibilidade de superação de um determinado entendimento, mas a forma e as consequências são diversas.

A adoção do *stare decisis* não significa, de forma alguma, o engessamento do direito. Existem diversas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina do *common law*, para além da própria interpretação dos precedentes, aptas a permitir um maior dinamismo na aplicação dos precedentes. Dentre elas, é possível fazer menção à distinção, que pode ser ampliativa, restritiva e ainda inconsistente, a superação antecipada, a transformação e a superação.<sup>81</sup>

A principal delas, para os fins deste tópico, é o *overruling*, denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora

79. Nesse sentido: SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 303.

80. STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.626.224/RO, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. 08/02/2018, DJe 21/02/2018; STJ, 5ª T., AREsp 1.009.720/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/04/2017, DJe 05/05/2017.

81. Para uma análise dessas diversas técnicas, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 230-268; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...* cit., p. 169-210; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138-163; MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257-307.

em julgamento; técnica essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito.<sup>82</sup>

Para além da vinculação a precedentes, a manutenção de um entendimento jurisprudencial estabelece uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica. Afirma Jeremy Waldron que não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim de “conceder tempo aos jurisdicionados para se acostumar com a norma jurisdicional e a internalizar como base para a sua tomada de decisões”.<sup>83</sup>

Ao ser utilizada a técnica da superação, são criadas duas novas regras impositivas: uma relativa ao entendimento superado e uma de natureza processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico.<sup>84</sup> Tal formulação tem por objetivo ressaltar *que apenas a Corte competente para fixar aquele entendimento ou a Corte a ela superior (ao menos em termos de matéria) poderá alterá-lo*.<sup>85</sup> Mesmo que uma determinada Corte incompetente para tanto não adote aquele entendimento, ela não terá poder para modificar a eficácia do precedente, inexistindo, por consequência, sua superação, permanecendo a *ratio decidendi* em vigor.<sup>86</sup> Em sendo aplicável, e não sendo a

82. SPRIGGS, II, James F.; G. HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001, p. 1.094.

83. Tradução livre de: “It is about people having time to take a norm on board and internalize it as a basis for their decision making”. (WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012, p. 28).

84. BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*. GOLDSTEIN, Laurence. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 101.

85. No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 121; MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 289. Aparentemente com o mesmo entendimento: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 307, 310. A diferença é que o autor admite “o desafio adequado do julgado, com uma acertada invocação da integridade do direito” (p. 308).

86. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

Em estudo realizado em vários países (Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Inglaterra e EUA), também houve a identificação de que as Cortes inferiores não possuem o poder de superar ou modificar oficialmente os precedentes das Cortes superiores. Em alguns países, por vezes, os tribunais inferiores não aplicam os precedentes dos tribunais superiores, mas tal fuga ao precedente não tem aptidão, por si só, de superá-lo. O que se tem é a não aplicação do precedente, que não deve ser confundida com a sua superação. (SUMMERS, Robert; ENG, Svein. *Departures from precedent*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 524, 529-530).

hipótese de superação antecipada,<sup>87</sup> tratar-se-á de decisão em *error in iudicando* ou *in procedendo*.<sup>88</sup>

Há de observar também, na superação de precedentes, os seus requisitos materiais. Sempre haverá uma forte pressão normativa pela manutenção do precedente, sendo a superação a última opção a ser feita pela Corte, devido à possibilidade de gerar instabilidade no ordenamento jurídico.<sup>89</sup> O art. 927, §4º, do CPC exige “fundamentação adequada e específica” para a superação de precedentes e o próprio STF já reconheceu que a superação de precedentes não deve ser uma situação rotineira.<sup>90</sup>

*No entanto, quando houver modificação da base normativa<sup>91</sup> os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores podem deixar de aplicar o precedente mesmo que não haja propriamente a sua superação pelo órgão competente. Além disso, mesmo que essa alteração normativa seja constatada apenas pela Corte competente, não haverá a necessidade da consideração dos requisitos materiais para deixar de aplicar o precedente.*

De fato, em tal situação não há propriamente modificação de um posicionamento da Corte em questão, já que essa mudança ocorreu por um fator completamente

87. O *anticipatory overruling* (superação antecipada) consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar uma superação anteriormente induzida de diversas formas pelas Cortes superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. Com mais vagar sobre o tema, cf.: SHANNON, Scott Bradley. *Overruled by implication*. *Seattle university review*, v. 33, 2009; KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Fordham law review*, v. 51, 1982; HASEN, Richard L. *Anticipatory overruling, invitations, time bombs, and inadvertence: how Supreme Court Justices move the law*. *Emory Law Journal*, v. 62, 2012; PEIXOTO, Ravi; ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 236, out.-2014.

88. MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov. 2014, p. 391.

89. DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 123

90. Na ADIN 4.071, indicou o tribunal que a mudança de entendimento jurisdicional “pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes”. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.071 AgR, rel. Min. Menezes Direito, j. 22/04/2009, DJe 16/10/2009. Em 2015, o STF voltou a fazer menção ao tema em dois pedidos negados de revisão de súmula vinculante, ao exigir que a parte tivesse demonstrado o preenchimento de uma das seguintes hipóteses: “a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria; b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social”. (STF, Tribunal Pleno, PSV 13/DF e PSV 54/DF, ambas julgadas no dia 24.9.2015 e publicadas no informativo n. 800, de 21 a 25 de setembro de 2015).

91. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 467. Aparentemente em sentido contrário, inserindo-a como uma das hipóteses de superação de precedentes: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais...* cit., p. 309.

externo e que, por si só, tem a possibilidade de fazê-lo.<sup>92</sup> Se um precedente do STJ em matéria infraconstitucional é revogado por uma lei infraconstitucional ou um precedente do STF em matéria constitucional é revogado por uma nova emenda constitucional *qualquer juiz passa a aplicar o novo texto normativo. A revogação é imediata, salvo se reconhecida alguma inconstitucionalidade.*

O problema surge quando há *ratio decidendi* do STF contrariada por legislação infraconstitucional. Pela teoria dos precedentes, se todos os requisitos necessários para que haja a formação de precedente obrigatório foram preenchidos, a lei infraconstitucional não tem aptidão para alterar automaticamente o precedente do STF. Nessas situações, salvo se reconhecida alguma distinção, aos demais órgãos do Poder Judiciário, fora o STF, cabe aplicar o precedente e por consequência, o reconhecimento da inconstitucionalidade da nova lei.

No entanto, quando a alteração do texto normativo tem a mesma hierarquia da base normativa do precedente, a exemplo de alteração de lei que serviu de base para determinada interpretação do STJ, a superação ocorre a partir do início de vigência do novo texto. Sequer há necessidade de prévia manifestação do tribunal que produziu o precedente.

Verificou-se, no entanto, que, por vezes, por mais que a legislação aponte em sentido diverso do entendimento do STJ, este se recusa a alterar seu posicionamento. Isso não impede que demais órgãos do Poder Judiciário deixem de aplicar o posicionamento do STJ a partir da entrada em vigor de lei em sentido contrário, até que, eventualmente, venha aquele tribunal a afirmar que o precedente anterior continua em vigor.

Nos casos em que há alteração do texto normativo, não se aplicam as condicionantes materiais e processuais da superação, em especial, o problema da competência, já que ele é realizado pelo Poder Legislativo. Não há que se levar em conta, em tais situações, as razões de segurança jurídica que podem fundamentar a não superação de um precedente, por exemplo. A única hipótese de não ocorrer a superação por meio da alteração legislativa é por meio de decretação de sua inconstitucionalidade ou, no caso do STF, quando a base normativa do precedente for a Constituição e a alteração normativa seja da legislação infraconstitucional.

Uma situação específica que pode ser identificada na superação dos precedentes por texto normativo, é a sua eficácia temporal. Como haverá um ponto específico no tempo em que pode ser identificada a específica razão para a mudança do posicionamento, em face da irretroatividade, ao menos em geral, no caso de alteração de texto normativo, o novo entendimento terá como eficácia temporal inicial a data da entrada em vigência da alteração normativa.

---

92. No mesmo sentido é o enunciado n. 324, do FPPC: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

## 5. CONCLUSÃO

A teoria dos diálogos institucionais tem muito a ensinar ao direito brasileiro, que muitas vezes ainda aposta em excesso em uma suposta maior aptidão do Poder Judiciário na interpretação constitucional. No entanto, como se percebeu, doutrina e o próprio STF começam a abrir os olhos para a legitimidade e para a importância da atuação do Poder Legislativo na interpretação da Constituição. No caso do STJ, embora não haja muito interesse doutrinário, é perceptível que a teoria dos diálogos institucionais é importante na verificação da alteração dos posicionamentos daquele tribunal.

A ideia geral do diálogo institucional é justamente a de, admitindo que nenhum dos poderes deve se arvorar como intérprete máximo e definitivo da Constituição, que a melhor solução tende a vir de um diálogo, em que as respostas são, no máximo, temporárias.

Para além disso, ainda há o desafio de como operacionalizar esses diálogos, em que a maior questão é a forma de vislumbrar a interpretação constitucional pelo STF e os desafios proporcionados pelo Legislativo ao editar leis infraconstitucionais. Embora existam diversos posicionamentos mais rígidos, é necessário reconhecer que essa relação é variável a depender da situação concreta, como demonstrado.

Por fim, ainda se tentou demonstrar a relação entre as revogações de posicionamentos do Poder Judiciário operadas pelo Poder Legislativo e aquelas em que a iniciativa parte do próprio Judiciário, com a utilização da técnica da superação. Elas se diferenciam tanto do ponto de vista da competência quanto do ponto de vista da eficácia temporal, elementos que são extremamente importantes e que geram diversas diferenças na sua operacionalização.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula; MOURA, Ricardo Faé; CASTRO, Marco C. Human rights, inequality and public interest litigation: a case study on sanitation from Brazil. *Panorama of Brazilian Law*, v. 4, n. 5-6, 2016, disponível em: <http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/index.php/BrLaw/article/view/116>, acesso às 11h, do dia 27 de março de 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>. Acesso às 10 horas, do dia 09 de setembro de 2017.
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

- BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. *Are you networked yet? On dialogues in european judicial networks*, *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, 2012, disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017.
- CLEVÊ, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, n. 19, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>, acesso às 21h, do dia 01 de dezembro de 2017.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism. BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (eds). *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). GARGARELLA, Roberto (comp). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- KATYAL, Neal K. Judges as advice givers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998.
- KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham law review*, v. 51, 1982.
- LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre, 1999.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>, acesso às 11h, do dia 30 de novembro de 2017.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao enunciado n. 244. PEIXOTO, Ravi (coord.). *Enunciados FPPC organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MACÊDO, Lucas Buril. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

- MAUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: An overview*. Utrecht Law Review, v. 9, n. 2, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2244818>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, versão digital.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO - comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013
- \_\_\_\_\_. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUNES, Daniel Cappechi. A Abertura do STF às Minorias: a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa*, no prelo.
- \_\_\_\_\_. *Minorias no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013.
- ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mai./ago. 2012.
- PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, n. 2, 2017, disponível em [http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt), acesso às 12h, do dia 06 de dezembro de 2017.
- \_\_\_\_\_. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PEIXOTO, Ravi; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 236, out. 2014.
- POSNER, Richard. *Divergent paths – the academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão digital.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 06, nº 02, 2013, disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>, acesso às 20h, do dia 23 de outubro de 2017.
- SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015.
- SHANNON, Scott Bradley. Overruled by implication. *Seattle university review*, v. 33, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013



- \_\_\_\_\_. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, 2017.
- \_\_\_\_\_. 'Um voto qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, 2015.
- SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos. NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.
- SPRIGGS, II, James F.; G. HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, jul./dez. 2008.
- WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012.

