

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I**

**CAIO AUGUSTO SOUZA LARA**

**JOSE EVERTON DA SILVA**

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

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

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Jose Everton da Silva; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-430-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I**

---

#### **Apresentação**

#### CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de culto, diálogos institucionais e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

José Everton da Silva

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

## **O ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE A PEC 33/2011**

### **JUDICIAL ACTIVISM AND THE NEED FOR INSTITUTIONAL DIALOGUES: AN ANALYSIS OF PEC 33/2011**

**David Freitas Prado <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

Este trabalho objetiva fazer um estudo importantíssimo do nosso Estado Democrático, o diálogo institucional. Daí, apresentar-se-á uma explicação dos diálogos institucionais e sua importância para a democracia. Na sequência, apresentar-se-á uma crítica a PEC 33/2011. Feito isso, avançar-se-á demonstrando como a PEC 33/2011 pode afetar diretamente a democracia brasileira. O objetivo geral é demonstrar a necessidade de melhorar os diálogos entre os três Poderes para não desaguar na juristocracia. Para tanto, a pesquisa será conduzida sobre uma base doutrinária que sejam úteis ao esclarecimento dos argumentos e uma pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Diálogo institucional, Ativismo judicial, Democracia, Juristocracia, Pec 33 /2011

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work to make a very important study of our democratic state, the institutional dialogue. Hence, an explanation of institutional dialogues and their importance for democracy will be presented. Next, a critique of PEC 33/2011 will be presented. After that, we will move on to demonstrate how PEC 33/2011 can directly affect Brazilian democracy. The general objective is to demonstrate the need to improve the dialogue between the three branches of government in order to avoid juristocracy. To this end, the research will be conducted on a doctrinal basis that are useful to clarify the arguments and a bibliographical survey.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Institutional dialogue, Judicial activism, Democracy, Juristocracy, Pec 33/2011

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade IBMEC. Mestrando pela UniCrhistus. Professor Universitário na Faculdade Luciano Feijão.

## **Introdução**

Muito tem se discutido sobre “ativismo judicial” e formas de combatê-lo em todo o mundo. Aqui no Brasil a realidade não podia ser diferente, frente ao papel do Poder Judiciário.

Acontece que por muito tempo, inclusive até hoje, o termo “ativismo judicial” possui diversas características, mas não um conceito determinado, haja vista que já vem sendo trabalhado pelos mais diversos estudiosos em todo o mundo, tendo começado nos Estados Unidos da América.

Contudo, faz-se necessário demonstrar como a judicialização e o “ativismo judicial” tem características bem parecidas e que é necessário se fazer uma distinção entre os dois para não acabar levianamente confundindo-os e acabar trazendo prejuízos frente ao Estado Democrático de Direito com uma interpretação inadequada deles.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar os aspectos e as características do papel contra majoritário do Poder Judiciário, explanando sobre a judicialização (*judicial review*) e o seu papel contra majoritário e, também, mostrar as características do que seria o “ativismo judicial” e como foi sendo abordado pelos diferentes estudiosos.

Na sequência, será apresentado os diálogos institucionais, o que seriam, para que serve e sua importância para se fazer concretizar a democracia e o Estado Democrático de Direito, com a participação dos três Poderes nas tomadas de decisão sobre a Constituição e evitando qualquer supremacia de qualquer um dos Poderes.

Por fim, será analisado e feitas breves notas a respeito da PEC 33/2011 o qual tem como proposta modificar o atual cenário interpretativo-constitucional brasileiro e aduzindo que seria para abrir as portas justamente para os diálogos institucionais, mas como será visto, trata-se apenas de uma tentativa de tentar esgotar funcionalmente o Poder Judiciário.

### **01 Aspectos e características do papel contra majoritário do Poder Judiciário (judicialização) e o ativismo judicial**

O artigo 2º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, segue a ideia da tripartição dos Poderes de Montesquieu, elencando a separação dos Poderes em três, sendo eles

independentes e harmônicos entre si, assim, dividem-se em: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Segundo Montesquieu “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes [...]” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Cabe a estes três Poderes, no âmbito federal, funções específicas e distintas, assim, ao Poder Legislativo – representado pelo Congresso Nacional – cabe a ele criar leis e fiscalizar os atos do Poder Executivo. Já ao Poder Executivo – representado pelo Presidente da República – cabe administrar os interesses públicos, comandar e governar a população em geral. E, por fim, cabe ao Poder Judiciário – representado pelo Superior Tribunal Federal – defender os direitos fundamentais promovendo a justiça, dirimir controvérsias de alta complexidade que podem surgir na sociedade e proteger as normas por meio de análise de compatibilidade constitucional.

Assim, também, cabe aos três Poderes suprirem uns aos outros. Contudo, a quem diga que o Poder Judiciário no Brasil tem suprido os outros dois Poderes de forma exacerbada em várias ocasiões e, com isso, proferindo diversas decisões com “dimensões ativistas” que acabam por serem vista pelos outros Poderes como uma interferência excessiva, tal motivo que levam a chamar esse comportamento de “ativismo judicial”.

O motivo do Superior Tribunal Federal poder interferir proferindo decisões a respeito da interpretação das leis ou atos normativos é justamente por conta que cabe a ele o papel de guardião da Constituição, conforme assevera o artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

E esse papel exercido pela Corte Suprema é compreendido como função contra majoritária, isso porque ele é “[...] especialmente responsável pela proteção dos direitos e liberdades individuais” (LEITE, 2017, p. 215) das minorias sem ou com pouca representatividade política.

Assim, “[...] essas situações verifica-se contraposição do papel do STF em relação aos Poderes assentados na representatividade e na maioria como critérios de escolha, ou seja, nomeadamente o Executivo e o Legislativo” (SARMENTO, 2021, p. 2).

Esse papel lhe foi dado pela Constituição Federal de 1988 e por várias outras “[...]razões que variam desde o distanciamento abissal entre a classe política e a sociedade

civil, o déficit de efetividade de direitos fundamentais básicos, passando pelo maior acesso aos Tribunais e a crença de que estes compensarão as disfunções dos poderes políticos” (LEITE, 2017, p. 215) para, com isso, dar representatividade também aos direitos das minorias.

Desta maneira, tais decisões proferidas pelo Poder Judiciário vão construindo o conteúdo do direito constitucional de forma vinculada por meio da sua interpretação, o que pode acabar por transformá-lo no principal ator político do constitucionalismo brasileiro em detrimento dos outros dois Poderes que foram eleitos pelo povo, ou seja, teriam legitimidade representativa.

Mas como dito anteriormente, esse papel do Poder Judiciário se dá pela necessidade da sua função contra majoritária, especialmente atribuído com o surgimento do Estado Democrático de Direito. Isto porque, antes da Constituição de 1988, o Estado era marcado pela supremacia do Parlamento com a centralidade da lei ao qual, a Constituição anterior, era apenas um documento político sem qualquer força normativa e os juízes apenas faziam a interpretação prática (seca) da norma.

Entretanto, muito se confunde judicialização (protagonismo) com o ativismo judicial, este último sendo utilizado, por diversas vezes, de maneira controvertida, por isso é necessário diferenciá-los, pois não são sinônimos.

A atual Constituição Federal brasileira redemocratizou o país, pois passou a prever um extenso rol de garantias individuais, além de proporcionar mecanismos para garantir a sua efetividade. Assim, foram elencados vastos princípios constitucionais de modo a garantir o Estado Democrático de Direito.

No mais, para se fazer valer e serem observadas essas garantias constitucionais, foi dado ao Poder Judiciário a chancela para dirimir controvérsias sobre elas e para fazer valer a força normativa da Constituição Federal, elencando atualmente a supremacia judicial. E, assim, o Judiciário ganhou papel de destaque no Estado ao nível dos demais Poderes.

O que antes era decidido pelo Parlamento ou até mesmo pelo Presidente, representando a figura do Poder Executivo, passou a ser levado ao Judiciário para ser deliberado. Desta feita, muitos assuntos com características políticas, assuntos de políticas



públicas ligadas a Constituição ou mesmo fatos da vida passaram a serem levadas corriqueiramente ao Poder Judiciário, pois passou a ser da sua aptidão guarnecer tais assuntos.

Sendo assim, essa nova aptidão dada ao Poder Judiciário pela Estado Constitucional de Direito, foi denominada de judicialização. E, o crescimento da judicialização, se deu justamente pelo aspecto redemocratizante da Constituição Federal, dando-o autonomia e independência para se fazer valer a democracia, pois como foi dito anteriormente, cabe aos três Poderes suprir uns aos outros.

Um outro aspecto importantíssimo que pode ter corroborado para que diversas demandas fossem levadas a tutela do Poder Judiciário para proteção de direitos e de garantias individuais, foi o descrédito dos agentes políticos democraticamente eleitos frente a sociedade civil com envolvimento em diversos escândalos públicos ligados a corrupção, ou seja, uma crise representativa.

Continuando com as possibilidades do crescente protagonismo do Poder Judiciário, haja vista que protagonismo não é o mesmo que ativismo judicial, sendo protagonismo judicial à condição dada ao Poder Judiciário pela Constituição “[...] de intérprete qualificado dos valores sociais e do sentimento geral de justiça de seu povo” (MARQUES, 2016, p. 44) e surgindo “[...] como afirmação ao pluralismo democrático” (MARQUES, 2016, p. 44).

Assim, pela Constituição brasileira ter característica analítica, ou seja, é extensa e prolixa, necessita de tal intérprete para definir alguns conceitos jurídicos, principalmente de cláusulas abertas as quais contém um grande rol de princípios e de direitos fundamentais – muitas vezes contrapostos –, demandando um grande esforço interpretativo que envolvem questões sociais, morais e até políticas.

Além das possibilidades conflituosos dentro da própria Constituição, o qual demanda esses esforços interpretativos, há também questionamentos frente a legislação infraconstitucional, sendo esses também levados a apreciação do Poder Judiciário, na figura do Superior Tribunal de Federal.

Um outro ponto que favorece para que algumas demandas cheguem as porta do Poder Judiciário é o controle híbrido de constitucionalidade, previsto no artigo 103 da atual Constituição Federal, e o seu extenso rol de legitimados para propor ações direitas de

inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade que devem ser remetidas a apreciação do Superior Tribunal de Federal.

O que fica explícito aqui, com essas características e aspectos elencados ao Poder Judiciário, é que o fato do seu protagonismo se dá pelo próprio desenho institucional o qual foi dado pela Constituição Federal de 1988 que foi elaborada e promulgada pelos agentes políticos eleitos democraticamente.

Ademais, essa judicialização é denominada também de “*judicial review*” termo em inglês que tem como tradução “revisão judicial”, que é justamente esse característica do Judiciário em poder rever judicialmente esses pontos controversas e fixar ou ratificar as normas e as interpretações dadas a ela.

Agora, explicitado pontos e características do Poder Judiciário e da judicialização – revisão judicial ou protagonismo judicial –, passamos a demonstrar o que seria o “ativismo judicial”. Para tanto, veremos alguns doutrinadores americanos, pois foi de onde veio os primeiros estudos trazendo essa nomenclatura de “ativismo judicial” ou, como é chamado lá, de “*judicial activism*”.

Arthur Schlesinger Junior (1947) construiu o perfil dos juízes que compõe a Suprema Corte americana em 1947 em seu trabalho intitulado de “*The Supreme Court: 1947*” e os dividiu em dois grupos, sendo eles: “*Judicial Activists*” ou ativistas; e os “*Champions of Self Restraint*” ou auto-contidos. Nesse seu estudo ela traz à tona o termo, sendo a ele creditado, mas não conceitua-o.

Posteriormente, Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist em seu trabalho denominado de “o estudo científico do ativismo judicial” (2006) buscam elaborar uma definição para o termo “ativismo judicial” e chegam a uma definição voltada a quando o Tribunal “[...] interpreta um estatuto de forma contrária ao que o legislador quis dizer ou escreveu no seu texto” (CROSS e LINDQUIST, 2006, p. 10) ou “agindo contrariamente à vontade dos outros ramos de governo” (CROSS e LINDQUIST, 2006, p. 7).

Percebemos que mesmo com a definição trazida por Cross e Lindquist, o conceito fica ainda controversa, não tendo uma conclusão segura, quando comparado com o que foi apresentamos anteriormente sobre judicialização. O conceito ainda continua vago.

Ao trazermos o entendimento de volta para o Brasil para tentarmos conceituá-lo, pelo menos para o objeto aqui estudado, aparece a figura de Glauco Salomão Leite o qual aduz que pode-se compreender o ativismo como “[...] uma forma de expansão dos poderes decisórios de uma Corte em detrimento do espaço de deliberação das instituições político-representativa, [...] pois as Cortes eliminam a distinção entre constituição e as interpretações judiciais sobre tal constituição (LEITE, 2017, p. 216).

Complementando o pensamento de Leite, temos um rol de dimensões elencadas por Carlos Alexandre de Azevedo Campos que, excepcionalmente, será citado de maneira mais longa, vejamos;

“(i) metodológica, ligada à interpretação e à criação judicial do direito; (ii) processual, referente ao alargamento do campo de aplicação e de utilidades dos processos constitucionais; (iii) estrutural, relacionada à interferência nos atos dos demais poderes; (iv) dos direitos, no sentido de expandir os sentidos normativos de princípios como dignidade da pessoa humana e liberdade; e (v) antidialógica, que pressupõe ser a interpretação da Constituição Federal tarefa exclusiva do STF” (CAMPOS, 2014)

Assim, o que poderemos compreender para tentar definir o que seria o “ativismo judicial” é que se trata de uma exacerbação do Poder Judiciário em detrimento do posicionamento e participação dos demais Poderes a respeito das interpretações constitucionais, mas, desde que, o Poder Judiciário não faça por onde ouvi-los ou se quer abra espaço para as manifestações deles. E, quando o Poder Judiciário interfere nos atos dos demais Poderes tomando para si, exclusivamente, o poder decisório de todos os atos deliberativos.

Diante todo o exposto, a judicialização (*judicial review*) e o “ativismo judicial” se conectam em alguns pontos, mas não são sinônimos. Dessa forma, a judicialização advém do próprio corpo constitucional com o seu cenário institucional que acaba por refletir nos demais Poderes. Já o “ativismo judicial” podemos tentar abordá-lo como sendo uma exacerbação ou interferência do Poder Judiciário em detrimento no poder decisório de competência dos demais Poderes.

Visto essa diferença entre a judicialização (*judicial review*) e “ativismo judicial” passaremos adiante para vermos uma forma de tentar barrar esse suposto “ativismo judicial”.

## **02 Diálogos institucionais (constitucional) e sua importância para a democracia**

Frente aos breves comentários tecidos na busca de tentar fazer uma distinção entre a judicialização (*judicial review*) e o “ativismo judicial”, passaremos a frente com o estudo para tentar demonstrar como esse suposto “ativismo judicial” pode ser combatido.

Para tanto, passaremos a analisar a teoria dos diálogos institucionais ou diálogo constitucional e como esse diálogo é importante para a concretização da democracia e não termos um governo apenas a mercê de uma juristocracia, onde a constituição seria toda baseada na jurisprudência do Poder Judiciário.

A teoria dos diálogos institucionais tem como objetivo “[...] designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre a Corte e Parlamentos na construção coordenada dos significados constitucionais (LEITE, 2017, p. 214). Pois, “[...] nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação (LEITE, 2017, p. 214).

A importância que essa teoria tem para o Estado Democrático de Direito é justamente a de buscar equilibrar a relevância decisória entre os três Poderes nas definições interpretativas da Constituição Federal e para que as instituições representativas também possam deliberar em conjunto com as instâncias judiciais e que haja uma reaproximação da democracia com o constitucionalismo.

Falamos dessa reaproximação entre democracia e constitucionalismo, pois se apenas a Corte Suprema passar a decidir sozinha sobre a interpretação constitucional não haveria uma democracia, mas sim uma juristocracia, pois apenas e exclusivamente o Poder Judiciário teria a última palavra.

Com isso, aparece a grande figura de Alexander Bickel o qual faz diversas críticas ao “ativismo judicial” da Suprema Corte americana, mas não repudia a jurisdição constitucional, mas sim levanta argumentos “[...] a favor da autocontenção judicial e, mais que isso, põe em evidência o caráter político da Suprema Corte, destacando formas e estratégias por ela empregadas as quais resultam em múltiplas interações com os outros poderes estatais e com a opinião pública” (LEITE, 2017, p. 224).

O aspecto principal é justamente a interação por participação dos demais Poderes e, inclusive, da participação popular, pois assim se aproximaria do sentido da democracia.

Chamaria os demais Poderes para debaterem, dialogarem entre si demonstrando seus pontos de vistas, pressupostos e aspectos relevantes aos assuntos a serem tratados, havendo uma mediação entre eles.

Isso posto, frente a capacidade dialética que o diálogo possui é possível compreender melhor as ideias e buscar o melhor entendimento para determinadas concepções sobre o texto constitucional em conjunto, de forma democrática, com uma participação horizontal.

Através do diálogo não é preciso excluir a participação de nenhum dos Poderes, pois a melhor resposta “[...]para os conflitos da Carta, [...] deve ser a de que não é necessário fazer uma escolha excludente. Deverá haver contribuições recíprocas e horizontalidade, não um diálogo bitolado na manifestação de qualquer órgão de soberania popular” (SOUZA, 2013, p. 331).

Um aspecto que também é importantíssimo para que exista o diálogo constitucional é a separação dos três Poderes com o seu sistema de freios e contrapesos, justamente para se evitar intrometimento ilegal entre os Poderes sob uma lógica de confronto.

Aparece assim a figura de Roberto Gargarella trazendo uma estratégia institucional ao qual denominou de *paz armada* que “[...]que consistia em otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás” (GARGARELLA, 2013, p. 7), ou seja, “armaria” cada uma dos Poderes com meios constitucionais de se defender em caso possível ataques dos demais Poderes estatais.

Desta forma, cada um dos Poderes tinham meios defensivos e ofensivos com uma relação mútua e intimidados entre si frente a potencialidade de cada um deles, agindo apenas caso fosse necessário, evitando dissensos desnecessários, mas esse modo de agir poderia acabar por dificultar ainda mais um possível diálogo entre os Poderes.

Aparece então a figura de Louis Fisher o qual elabora uma nova perspectiva com paridades entre os três Poderes elencando pontos como: “a) modifica nossa compreensão sobre “quem” interpreta a Constituição; b) nos sensibiliza a olhar para “acomodações” em vez de conflitos na resolução institucional de controvérsias políticas e; c) [...] requer uma proteção permanente de esforços dos poderes políticos para se infiltrarem em sua esfera” (LEITE, 2017, p. 234).

Tudo isso para que a interpretação constitucional não fique à mercê de um único Poder estatal, pois como bem asseverou Montesquieu, tudo estaria perdido. Em com a participação dos demais atores sociais e estatais daria mais legitimidade constitucional interpretativa, por isso tamanha importância dos diálogos institucionais para a democracia, para assegurar a participação plúrima e heterogênea e garantir o legítimo Estado Democrático (Constitucional) de Direito.

Percebe-se que tal teoria deseja assegurar uma participação de todos aqueles que estão sendo regulados, direta ou indiretamente, pela Constituição e, assim, abre espaço para a sua participação.

Como esse papel interpretativo inicia-se pelo Poder Judiciário, este deve compreender a necessidade dessa interação interorgânica entre os outros Poderes no diálogo e fazer com que as deliberações interpretativas dos demais participantes tenham a mesma força que as suas, isso para que haja paridade entre si.

Contudo, deve-se salientar um outro ponto crucial a respeito dos diálogos, sendo quando é aberto espaço para o diálogo e um ou mais de um dos Poderes não tem o interesse de participar do diálogo para não se comprometer frente ao seu eleitorado por conta de uma tema controvertido, podemos citar como exemplos dois casos emblemáticos ocorridos aqui no Brasil, sendo eles: reconhecimento de união estável homoafetiva (STF – ADI n. 4.277/DF, rel. Min. Ayres Brito, DJ, de 05.05.2011); interrupção da gravidez de feto anencefálico (STF – ADPF n. 54/DF, 12/04/2012).

Corroborando com essa ideia da necessidade dos diálogos institucionais, aparece o país do Canadá o qual conseguiu estatuir constitucionalmente os diálogos constitucionais, mesmo vindo de uma tradição política e jurídica da supremacia do Parlamento, baseada na Inglaterra.

Assim, em 1982, tudo mudou no Canadá quando foi aprovada a Carta de Direitos afastando de vez o Parlamentarismo, concretizou a nova ordem jurídica-constitucional, reconheceu diversos direitos e garantias individuais e tinha rigidez constitucional como característica, ou seja, sua alteração dependia agora de um procedimento especial, tudo isso sob o controle de constitucionalidade dado ao Poder Judiciário (*judicial review*).

Contudo, frente a esse inédito modelo constitucional, instituído na Carta de Direitos do Canadá, antecedeu a um debate ao qual asseguraram que não estariam elencando uma nova supremacia judicial e, para garantir isso, previram na Carta um mecanismo de reversão a ser utilizado contra as decisões judiciais a ser usado pelo Parlamento para balancear tal entendimento sobre a Constituição, denominando-o de “*override clause/ notwithstanding clause*” ou “cláusula não obstante”.

Tal cláusula prevê a possibilidade de reapreciação, pela instância legislativa, por meio da reedição da lei declarada inconstitucional – que contenha matérias envolvendo direitos fundamentais – por decisão proferida pela instância judiciária para se evitar a supremacia judicial, na forma repressiva.

E, também, essa “cláusula não obstante”, além de permitir o Poder Legislativo de revisar tal lei – não obstante a declaração de sua inconstitucionalidade decretada pelo Poder Judiciário – o Poder Legislativo pode se utilizar dela na forma preventiva, ou seja, assim que a lei for promulgada e o Poder Judiciário a declare inconstitucional, ela permanecerá válida por um prazo de 5 (cinco) anos, podendo ser emendada nesse período ou não sem perder a sua validade jurídica e não acabar tendo um vácuo normativo.

Esse prazo de 5 (cinco) anos coincide com o tempo das eleições que também é de 5 (cinco) anos, talvez propositalmente para que tal assunto seja levado a debate público para ver o posicionamento social a respeito dela.

Percebemos que esse sistema canadense é o que mais se aproxima a teoria dos diálogos institucionais, pois submete ao Poder legislativo e ao Poder Judiciário a constitucionalidade da lei e ainda deixa um tempo hábil, dado pela cláusula não obstante, ao período eleitoral para uma participação popular sobre tal constitucionalidade, ou seja, há a participação de vários atores nessa decisão sobre a lei constitucional.

E, a partir dessa experiência trazida pelo Canadá, passou-se a crescer ainda mais “[...]o debate acerca dos diálogos constitucionais tomou corpo, desenvolvendo-se uma teoria que pretende aprofundar relevantes aspectos das relações interorgânicas envolvendo Cortes e Parlamentos” (LEITE, 2017, p. 233) mostrando que é possível esse diálogo, desde que cada Poder estatal compreenda os limites da suas atuações e abra espaços para os outros Poderes.

Desta forma, quem sai vitorioso em toda essa situação é a democracia que se consubstancia na constituição, promovendo e edificando o Estado Democrático (Constitucional) de Direito.

Visto esses aspectos importantes e delineado as características do diálogo institucional e sua benesse para a democracia, no Brasil foi proposta uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 33, de 2011, pelo à época Deputado Nazareno Fonteles o qual alega que tem como objetivo introduzir esse diálogo institucional no Brasil.

### **03 Breves notas a respeito da PEC 33/2011**

A PEC 33/2011, proposta pelo Deputado à época Nazareno Fonteles, busca modificar o controle de constitucionalidade das leis brasileiras, desta forma, pretende submeter as decisões do Superior Tribunal Federal a análise do Congresso.

Uma das propostas trazidas pela PEC 33/2011 seria a alteração da quantidade dos votos dos ministros do Superior Tribunal Federal, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade, para quantidade mínimo, sendo que atualmente é por maioria simples.

Um outro ponto elencado trata a respeito das súmulas vinculantes que seriam aprovadas pela Corte suprema à aprovação do Legislativo e também submetendo-o a decisão a respeito da inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, sendo opostas as decisões, tal questão seria levada a voto popular.

Posteriormente, a apresentação da PEC 33/2011, em 2013, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) – da Câmara dos Deputados – decidiu pela admissibilidade da proposta tendo como fundamentação reestabelecer o equilíbrio entre os três poderes, devolvendo ao Legislativo sua competência plena e fortalecendo-o.

Acontece que, nossa Constituição, como dito nos capítulos anteriores, substituiu uma Constituição advinda de uma supremacia legislativa onde o juiz era um mero “boca da lei”. Ora, essa Proposta de Emenda Constitucional não estaria repristinando a Constituição de 1967?

O nosso atual Estado Constitucional contemporâneo “[...] abandona a ideia de que o Parlamento é único espaço público de mediação de conflitos sociais. Portanto, inúmeras Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais converteram-se em uma nova arena deliberativa



sobre questões socialmente relevantes [...]” (LEITE, 2017, p. 259), isso sem causar nenhum prejuízo a democracia.

Uma dos principais argumentos levantados na defesa da PEC 33/2011 é o de barrar o “ativismo judicial” o qual o Superior Tribunal Federal vem praticando e instaurar um diálogo institucional. Tal argumento não deve prevalecer, pois como bem vimos nos capítulos anteriores, não se deve confundir protagonismo com ativismo. O Poder Judiciário age não por vontade própria, mas por provocação e, muitas dessas provocações, acontecem por meio da população, pelo povo.

Ora, como foi demonstrado anteriormente, 2 (dois) julgamentos feitos pelo Superior Tribunal Federal geraram uma grande celeuma entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, sendo eles: reconhecimento de união estável homoafetiva (STF – ADI n. 4.277/DF, rel. Min. Ayres Brito, DJ, de 05.05.2011); interrupção da gravidez de feto anencefálico (STF – ADPF n. 54/DF, 12/04/2012). E, talvez não por coincidência, a PEC 33/2011 foi proposta no dia 25 de maio de 2011, 20 (vinte) dias após a decisão do Superior Tribunal Federal do reconhecimento de união estável homoafetiva.

Percebe-se essa coincidência entre a decisão contra majoritária do Superior Tribunal Federal, de grande repercussão nacional, e a proposta da PEC 33/2011. Tal proposta pode acabar por esvaziar os poderes do Judiciário deixando suas decisões à mercê do Parlamento, com justificativa de superar problemas funcionais.

Como bem aponta Glauco Salomão Leite ao tratar sobre a PEC 33/2011 “[...] a criação de mecanismos que dificultam o controle de constitucionalidade das leis pode servir para diminuir a *accountability* do Poder Legislativo, sabendo que suas decisões dificilmente serão revistas pelo STF” (LEITE, 2017, p. 260).

Esse *accountability* é justamente a fiscalização de atos ilegais, nesse caso feito pelo Superior Tribunal Federal frente as ações do Poder Legislativo, o que feriria diretamente o sistema de freios e contrapesos, pois as tomadas de decisões do Poder Judiciário iriam depender do Poder Legislativo.

Se o interesse maior da PEC 33/2011 é instituir o diálogo institucional não é bem essa via que deve se seguida, posto que para esse diálogo ocorrer de forma proveitosa e correta o que deve ser perseguido é que “[...] os interlocutores possam agir livremente, sem

pretensões hegemônicas. A PEC, ao almejar calar o STF rompe com a ideia do diálogo e introduz o monólogo legislativo” (LEITE, 2014, p. 260).

Um outro ponto controvertido, que é elencado na PEC 33/2011, é a de como ou quando seria feita a apreciação da manifestação popular frente ao embate de emenda declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal Federal e caso o Congresso se oponha a tal emenda. O que podemos prevê é que essa manifestação popular poderá se levar anos para acontecer.

Além do mais, a vontade da maioria da população pode acabar por limitar e restringindo ainda mais os direitos individuais das minorias e indo totalmente de contra ao próprio papel contra majoritário do Superior Tribunal Federal, como poderia acabar não acontecendo a decisão do reconhecimento da união estável homoafetivo ou mesmo da interrupção da gestação de feto anencefálico.

Então, cumpre-se destacar que cabia ao Congresso Nacional legislar sobre tais matérias citadas acima, mas preferiu ficar silente para não acabar se comprometendo com os seus eleitores, por isso o Poder Judiciário é acionado e provocada para que, frente a omissão legislativa, seja tomada uma atitude para que os direito individual das minorias seja regulado.

Por fim, em todas as decisões tomadas pelo Superior Tribunal Federal foi possível a participação do Poder Legislativo para tomada de decisão em conjunto por meio do diálogo – mas esse preferiu não se manifestar nos momento oportuno como fica demonstrado se fizermos uma breve leitura dos votos – e não por ativismo judicial, mas por necessidade de manifestação e prestação de resposta a parte da população que não é ouvida ou que não tem representantes o suficientes para terem os seus direitos reconhecidos e bateram as portas do judiciário para serem ouvidos.

## **Conclusão**

Frente ao que muito foi explanado no decorrer do presente trabalho, percebemos que há uma grande diferença entre judicialização (*judicial review*) e ativismo judicial, sendo que este segundo, por muitas vezes, se mostra inconceituado tendo apenas algumas característica.

Percebeu-se que o papel de protagonista que o Poder Judiciário ganhou com o tempo foi fruto da própria desconfiança do povo em seus representantes, socorrendo-se no Poder

Judiciário para dirimir conflitos e, além das minorias que não se fazem representadas frente ao cenário político e procurando o Judiciário para obter suas garantias individuais.

Contudo, deixar todas decisões sociais, políticas e constitucionais na mão de um único Poder não é a melhor maneira de solucionar controvérsias, como mesmo Montesquieu aduziu estaria tudo perdido.

Assim, há de se busca soluções entre os três Poderes em conjunto, de forma a complementarem e não se afastarem, para isso é necessário buscar os diálogos institucionais para que se construam em conjunto decisões ou interpretações constitucionais mais acertadas, fazendo valer o Estado Democrático de Direito.

Haja vista, que como ficou demonstrando no texto com o exemplo mundialmente reconhecido no Canadá, com a sua Carta de Direitos, de 1982, é amplamente possível em um Estado Constitucional de Direito conseguir assegurar esse diálogo institucional de forma segura sem que nenhum dos Poderes se sobreponha ao outro, posto que são independentes e harmônicos.

Até porque, caso algum dos Poderes viesse a sobrepor-se ao outro, restaria ineficaz o diálogo entre eles, pois não teriam liberdade, apenas a submissão de um a escolha do outro, por isso é importantíssimo para os diálogos institucionais, além da separação de poderes, com o seu sistema de freios e contrapeses, a liberdade que cada um tem e o peso de sua decisão ser igual a dos demais e evitar-se o ativismo de qualquer de um dos três Poderes.

Acontece que, a PEC 33/2011 que foi proposta com a intenção de se estabelecer esses diálogos institucionais, na verdade, está mais para um mecanismo de esvaziamento do Poder Judiciário, deixando a suas decisões a cargo do Poder Legislativo para serem retificadas ou ratificadas, seja no controle de Constitucionalidade, seja em relação as súmulas vinculantes ou mesmo de emendas à constituição.

Também, nessa PEC proposta faz menção que, não existindo consenso entre a decisão do Poder Judiciário e a do Poder Legislativo, seria tal questão levada a consulta popular, mas não aduz como seria feita essa consulta, o prazo dela ou sobre os seus aspectos.

Há lacunas nessa PEC que ficarão abertas como várias outras em quase todo o nosso ordenamento jurídico deixadas pelo nosso Legislador e, que muitas dessas lacunas, foram

complementas pelos entendimentos dado pelo Poder Judiciário, mas não traziam ou não previam quaisquer complementariedade a Lei instituída.

O caminho para o diálogo institucional no Brasil sempre existiu e esteve aberto, mas muitas vezes o Poder Legislativo e/ou Poder Executivo se acovardaram frente aos diversos temas controvertidos levados até as portas do Poder Judiciário para serem resolvidos, frente a falta de interpretação adequada, e preferiram ficarem silentes ou indiferentes para que não sofressem pressão dos seus eleitores pensando apenas nas próximas eleições.

E, posteriormente a decisão dada pelo Poder Judiciário, os outros dois Poderes aparecem como vítimas aduzindo que tiveram suas funções usurpadas, tudo isso apenas faz parte de um sórdido jogo político para, além de se absterem de um posicionamento, ter a quem culparem sobre interpretações que, muitas vezes, favorecem as minorias. Pois esse é o papel contra majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

Então, há uma grande crise de representatividade instaurada no Brasil ao qual os eleitores não sentem confiança nos seus representantes e em seus colegas partidários ou coligados, por isso se socorrem ao Poder Judiciário.

Por fim, esse “ativismo judicial”, o qual muitos falam que é exercido pelo Superior Tribunal Federal, nada mais é do que a grande procura pelo Poder Judiciário pelas minorias para fazer valer seus direitos individuais em conjunto com uma parte da maioria que não confia nos seus representantes e, que somadas as prerrogativas do Judiciário, transparece um ativismo, mas não é.

### **Referências bibliográficas.**

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 de jun. de 2021.

BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição n. 33 de 25 de maio de 2011**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 26 de jun. de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CROSS, Frank B.. LINDQUIST, Stefanie A.. **The scientific Study of Judicial Activism**. Artigo de Pesquisa de Direito e Economia de Vanderbilt nº 06-23. Artigo de Pesquisa de

Direito, Direito e Economia da Universidade do Texas No. 93. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=939768](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939768)>. Acesso em: **21 de jun. 2021**.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Escuela de Derecho. Revista argentina de teoría jurídica, Universidad Torcuato di Tella, vol. 14. Disponível em: <[https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ\\_V14N2\\_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: **22 de jun. 2021**.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2017.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol.2, n.1, 2016. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/16/37>>. Acesso em: **19 de jun. 2021**.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. **“O papel contramajoritário do STF”**. (lecture). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186860/man-debat-des-luiz-fernando-ribeiro-carvalho.pdf>>. Acesso em: 17 de jun. 2021.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. **The Supreme Court: 1947**. Fortune, v. XXXV, n.1, p.200-206, jan. 1947.

SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da Supremacia. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Poium, 2013. p. 313-347.