

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL II**

**JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS**

**NARA SUZANA STAINR**

**ZULMAR ANTONIO FACHIN**

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 Naspolini - 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

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Nara Suzana Stainr; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-764-9

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO CONSTITUCIONAL II**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

O CONPEDI, importante sociedade científica da área do Direito, tem sido, ao longo do tempo, um espaço privilegiado para pesquisadores de Direito e mesmo de ciências afins. Esse auspicioso espaço acadêmico tem se desenvolvido cada vez mais. Residentes em todos os quadrantes do Brasil, pesquisadores (docentes, mestrandos e doutorandos) têm confluído para esse espaço, apresentando suas pesquisas desenvolvidas ou em fase de desenvolvimento.

Neste sentido, nos dias 12, 13 e 14 de outubro de 2023, realizou-se na Universidade de Buenos Aires, na Argentina, o “XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires”. Sob a temática central “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración”, centenas de trabalhos científicos foram aprovados e apresentados oralmente, na forma presencial.

O GT “Direito Constitucional I” contou com inúmeros trabalhos de pesquisadores advindos de vários Programas de Doutorado e/ou Mestrado, localizados nas mais diversas regiões do Brasil. Após as apresentações, foram realizados debates, sempre envolvendo blocos de temas. Pode-se constatar que os debates foram tão enriquecedores quanto os textos apresentados.

Cumprindo suas missões institucional e científica, o CONPEDI publica os textos que, além de aprovados, foram também apresentados pelo(s) seu(s) autor(es), durante os 3 dias de realização do evento.

Ao tempo em que cumprimentamos a todos(as) os(as) autores(as), desejamos ótimas leituras!

Prof. Dr. Zulmar Fachin

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias”  
das Escola de Direito das Faculdades Londrina

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Prof. Dr. José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP – SP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor titular da graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca- SP. Advogado.

**A ATUAÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DA INÉRCIA LEGISLATIVA NO  
TOCANTE À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**THE JUDICIAL PERFORMANCE ARISING FROM LEGISLATIVE INERCIA  
REGARDING THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**José Antonio de Faria Martos <sup>1</sup>**  
**Ana Laura Cardoso Jacobassi <sup>2</sup>**  
**Laura Samira Assis Jorge Martos <sup>3</sup>**

**Resumo**

O presente artigo busca analisar a posição protagonista ocupada pelo Poder Judiciário, o qual deve buscar sempre uma atuação em prol da garantia de direitos fundamentais. Dessa forma, o trabalho propõe-se a realizar uma análise histórico-evolutiva do papel ocupado pela Constituição e pelo Poder Judiciário. Com o advento do neoconstitucionalismo, ocorreu uma revalorização constitucional e os esforços voltaram-se a concretização da Constituição. Diante disso, os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente e considerados cláusulas pétreas, não podem ser ignorados e desrespeitados pelos demais poderes e instâncias políticas e sociais. Ao analisar a postura ativa da Suprema Corte, em fenômenos conhecidos como judicialização e ativismo judicial, percebem-se inúmeras críticas, principalmente com relação ao princípio da tripartição dos poderes e da politização da justiça. Isto posto, como forma de atenuar essas críticas, surgiu a ideia de um diálogo institucional entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, ao utilizar esse modelo dialógico, o judiciário incentiva a participação dos demais poderes e aumenta o espaço para discussões de questões controversas. Dessa forma, o trabalho propõe-se, por meio de pesquisas bibliográficas, a buscar formas de efetivar os direitos fundamentais, por meio do Poder Judiciário, levando-se em conta a teoria dos diálogos institucionais

**Palavras-chave:** Poder judiciário, Direitos fundamentais, Judicialização, Ativismo judicial, Diálogo institucional

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present article seeks to analyze the protagonist position occupied by the Judiciary, which must always seek to act in favor of guaranteeing fundamental rights. In this way, the current

---

<sup>1</sup> Doutor pela FADISP. Doutor pela UMSA - Buenos Aires . Professor titular da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca - Advogado

<sup>2</sup> Graduanda pela Faculdade de Direito de Franca. Estagiária do Ministério Público Federal. Bolsista em iniciação científica pela F.D.F

<sup>3</sup> Pós-graduanda pela Faculdade de Direito de Franca. Graduada pela Universidade de Franca. Pesquisadora. Autora de artigos .

work proposes to realize a historical-evolutionary analysis of the role played by the Constitution and the Judiciary. With the advent of neoconstitutionalism, there was a constitutional reevaluation and efforts turned to the realization of the Constitution. In view of this, the fundamental rights, provided for in the Constitution and considered as stony clauses, cannot be ignored and disrespected by other political and social powers and instances. When analyzing the Supreme Court's active position, in this phenomena known as judicialization and judicial activism, numerous criticisms can be seen, especially in relation to the principle of the tripartition of powers and the judicialization of politics. That said, as a way to mitigate these criticisms, the idea of an institutional dialogue between the Executive, Legislative and Judiciary emerged. Thus, by using this dialogic model, the judiciary encourages the participation of other powers and increases the space for discussions of controversial issues. In this way, the work proposes, through bibliographic research, to seek ways to implement fundamental rights, through the Judiciary, considering the theory of institutional dialogues.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judiciary, Fundamental rights, Judicialization, Judicial activism, Institutional dialogue

## **INTRODUÇÃO**

O protagonismo do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o fortalecimento da Suprema Corte no Brasil, ocasionou profundas mudanças no desenho institucional brasileiro, uma vez que esse Poder ganhou maior destaque na implementação de políticas públicas e na discussão a respeito de questões morais controversas dentro da sociedade.

O reconhecimento de normatividade ao texto constitucional, que se deu principalmente com o advento do neoconstitucionalismo, foi fator crucial para o crescimento da jurisdição constitucional com a criação de mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais que por muitos anos foram ignorados e violados. Esses mecanismos são uma forma de limitar as arbitrariedades legislativas e diminuir as conseqüências da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em matérias de relevância social.

No entanto, concomitantemente com o crescimento das decisões judiciais envolvendo questões controversas, cresceram também as críticas à atuação judiciária. Dentre essas críticas, podem-se citar uma possível interferência no princípio da tripartição dos poderes, o risco de politização da justiça e uma atuação contra majoritária.

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo a análise dos limites que devem ser dados à atuação judiciária, realizando uma análise histórico-evolutiva de como se deu essa expansão do judiciário, além de buscar formas de diálogos entre os poderes e as instituições.

Para tanto, o método de pesquisa será o de pesquisa bibliográfica com a utilização de artigos científicos, publicações na página do Supremo Tribunal Federal, doutrinas constitucionais, obras jurídicas, jurisprudências, além da própria legislação constitucional.

## **2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA NO BRASIL E NO MUNDO E O ADVENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO.**

A Constituição, enquanto Lei Maior de um Estado e revela as formas de poder dentro da sociedade, além de direitos que devem ser garantidos aos cidadãos. No entanto, para que as constituições tivessem força normativa dentro do ordenamento jurídico, elas passaram por um longo caminho até se chegar à atual interpretação constitucional.

Predominava na primeira metade do século XX uma cultura que tratava a lei, elaborada pelo Poder Legislativo, como uma única fonte de direito. Essa cultura, conhecida como Estado Legislativo de Direito, não conferia força normativa às constituições, as quais eram

consideradas meros instrumentos políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, não possuindo força normativa (SARMENTO, 2009).

Após a 2ª Guerra Mundial, ganhou espaço na Europa uma nova forma de organização política, na qual a Constituição ocupava uma posição central em relação à lei, substituindo o Estado Legislativo de Direito pelo Estado Constitucional de Direito. Assim, após anos de repressão e autoritarismo, ocorreu uma revalorização do papel do texto constitucional como documento que estabelece limites aos poderes dos governantes e garante direitos fundamentais aos indivíduos.

No Brasil, o marco da consagração do Estado Constitucional de Direito foi a promulgação da Constituição de 1988, a qual ampliou significativamente o rol de direitos fundamentais e estabeleceu novas maneiras de proteção desses direitos.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso (2005, p. 5), o marco teórico dessa transição do direito constitucional foi percebido por meio de três grandes transformações: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Essa evolução hermenêutica recai na atual ideia de neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno, o qual busca dar uma soberania não somente formal à Constituição, mas também material, a fim de concretizar os anseios sociais e garantir direitos fundamentais, os quais alcançaram um elevado nível de proteção. Dessa forma, supera-se o Estado Legislativo de direito e a Constituição torna-se o centro do sistema, ou seja, toda interpretação deve estar voltada à consolidação dos valores constitucionais.

Sob essa ótica, o conteúdo das normas constitucionais se expande por todo o sistema jurídico e os valores e os fins públicos contemplados na Lei Maior passam a ser o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, além de estabelecer uma reinterpretação dessas normas, com base em uma visão constitucional.

Nesse contexto, diante da redemocratização e da maior proteção conferida aos direitos fundamentais, aumentou a demanda por justiça, a fim de garantir direitos estabelecidos na Constituição. Em decorrência disso, o Poder Judiciário passou a exercer um verdadeiro poder político dentro da sociedade, o que gerou uma judicialização ampla das relações sociais e, conseqüentemente, um maior número de decisões judiciais envolvendo questões polêmicas e controversas.

### **3 ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**



Conforme exposto, diante da supremacia não somente formal, mas também material da Constituição, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Como forma de dar harmonia ao ordenamento jurídico e garantir uma interpretação de acordo com a Constituição, surgiu o controle de constitucionalidade, no qual se verifica se a norma infraconstitucional tem fundamento de validade na Constituição. Assim, quando há incompatibilidade entre uma lei ou ato normativo e as disposições constitucionais, estas devem prevalecer.

O Brasil adota, como regra, o controle realizado pelo Poder Judiciário. Assim, o Judiciário, tanto no modo difuso quando no modo concentrado, é responsável pela interpretação das leis e atos normativos. Nesse sentido, afirma Barroso (2019):

A jurisdição constitucional, em geral, e o controle de constitucionalidade, de modo particular, são instrumentos essenciais para o desenvolvimento prático e a concretização das ideias que hoje animam o constitucionalismo, como dignidade da pessoa humana, centralidade dos direitos fundamentais e participação democrática no exercício do poder.

Sendo assim, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, exerce um forte papel de guardião da Constituição, por meio de mecanismos previstos no próprio texto constitucional, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, as quais possuem efeitos erga *omnes* como forma de conferir harmonia ao ordenamento jurídico.

Destaca-se que também pode haver a inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a Constituição impõe ao Poder Legislativo a elaboração de determinada norma, porém este permanece inerte. Essa omissão não pode ser tolerada, principalmente quando envolve a garantia de direitos fundamentais, visto que são de elevado apreço ao Estado Democrático de Direito. Conforme descrito por Barroso (2019, p. 57), diante dessa omissão legislativa, abrem-se três possibilidades de atuação judicial no âmbito da jurisdição constitucional e são elas: “1) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante”.

Na primeira possibilidade, a norma deve possuir densidade jurídica para que possa ser auto aplicada pelos tribunais, não necessitando da criação de um ato normativo. No segundo caso, a decisão limita-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão legislativa, constituindo

o legislador em mora. Na terceira possibilidade de atuação, o tribunal formula no caso concreto, com o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, a norma faltante. Embora essa última atuação seja a mais eficiente para a tutela dos direitos, ela sofre inúmeras críticas relacionadas aos limites conferidos ao juiz para a criação de uma norma.

Dentre essas críticas, pode-se citar a falta de representatividade dos juízes, pois eles não foram eleitos por meio do voto da maioria da população, fato que para alguns ofende a democracia, pois os tribunais podem revisar e até mesmo paralisar a eficácia de leis ou atos normativos elaborados por representantes escolhidos pelo povo pela via democrática. Além disso, os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos cabíveis, não se submetem ao controle democrático de outro órgão. Assim, muitas vezes, o Poder Judiciário concede a última palavra em uma série de questões relevantes socialmente.

Nesse aspecto, Ronald Dworkin (apud SOUSA, 2015) defende que:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.

O jurista ainda afirma, em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2002), que é crucial reconhecer que a Constituição é fonte fundamental e imperativa do direito constitucional, entendendo que deve ser feita uma “leitura moral da Constituição”, de forma a interpretar e aplicar as cláusulas constitucionais definidoras do Estado Democrático de Direito, tais como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, porém, o juiz deve fundamentar e motivar suas decisões em princípios implícitos e explícitos constitucionais, pois não se trata de uma competência livre e discricionária.

#### **4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88**

Conforme exposto anteriormente, as Constituições contemporâneas têm seu alicerce nos direitos fundamentais e, cada vez mais, busca-se a concretização destes. Toda a atuação do poder público e as ações da vida privada devem estar direcionadas à incorporação desses direitos à vida dos cidadãos, não bastando o reconhecimento meramente formal na Lei Maior.

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à existência humana, portanto, são necessários para assegurar a todos uma vida digna, livre e igualitária, e a dignidade da pessoa humana é a aspiração maior desses direitos. Esses direitos são produtos da evolução histórica, surgindo diante das necessidades existentes em cada período da sociedade.

Historicamente, os direitos individuais surgiram como uma forma de impor limites aos governantes e resguardar direitos inerentes aos seres humanos. As primeiras limitações ao poder estatal surgiram no final da Idade Média.

Nos dias atuais, os direitos fundamentais estão incorporados ao patrimônio comum da humanidade e foram reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Essa Declaração foi editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) após a 2ª Guerra Mundial, com objetivo de reforçar a preocupação com os direitos humanos em todo o mundo. Além disso, a sua adoção inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes, estabelecendo, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

Assim, as ações do Poder Público estão inteiramente vinculadas aos direitos fundamentais e as leis que restringem esses direitos devem ser reprimidas. Sob essa ótica, as omissões também não podem ser toleradas quando estas limitam e dificultam a concretização de direitos inerentes a todos, o que faz com que o Poder Judiciário seja responsável pela fiscalização tanto das ações quanto das omissões dos demais poderes.

## **5 AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.**

O protagonismo judicial pode ser considerado gênero que comporta as seguintes espécies: judicialização e ativismo judicial. Apesar das duas expressões possuírem relação, elas apresentam distinções importantes que devem ser observadas.

O ativismo judicial consiste em uma função atípica exercida pelo Poder Judiciário, ou seja, fora daquela prevista no ordenamento jurídico. A expressão é utilizada para caracterizar um distanciamento dos juízes de sua função típica que é aplicar o direito e o aproximar de uma função atípica, a criação do próprio direito.

Um exemplo dessa ampla atuação é a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, consequência tanto da inércia do legislador como da inexistência de políticas públicas suficientes para efetivar direitos como à saúde, à educação e à igualdade.

Pode-se citar como caso prático, a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/98. Esse caso demonstra claramente a ineficácia legislativa em atender as demandas sociais, pois é evidente que a homofobia e a transfobia estão presentes no dia a dia da população LGBTQIA+ e, mesmo com as dificuldades enfrentadas por essas pessoas, os legisladores “fecham os olhos” para esse problema, principalmente por convicções religiosas e pessoais. Segue transcrição de trecho da ementa:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também. Na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (STF Supremo Tribunal Federal – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL – Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019. Plenário. Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico do dia 06/10/2020)

O tema da efetivação de direitos e políticas públicas por vias judiciais já foi debatido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45. Ressalta-se a colocação do Ministro Celso de Mello que afirma:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (STF Supremo Tribunal Federal – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 45 DISTRITO FEDERAL – Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 29/04/2004. Voto relator. Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico do dia 04/05/2004)

Logo, deve-se observar que essa atuação proativa deve ser conduta excepcionalíssima, pois não é cabível admitir que o Judiciário desempenhe sempre funções que não lhe são próprias.

Com relação à expressão “judicialização”, esta remota a ideia na qual questões de relevante valor moral e político são decididas pelo Poder Judiciário, transferindo a competência das instâncias políticas tradicionais, ou seja, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para o Poder Judiciário.

Conforme disposto por Luís Roberto Barroso (2009, p. 14), a judicialização é consequência do desenho institucional vigente no Brasil, o qual prevê formas de um juiz ou tribunal invalidar leis ou atos normativos no chamado controle de constitucionalidade. Desse modo, o jurista expõe que a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, enquanto o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição com a expansão do seu sentido e alcance.

## **6 OBJEÇÕES À AMPLA INTERVENÇÃO JUDICIAL**

O protagonismo judicial e o conseqüente aumento de decisões judiciais que envolvem questões controversas, fizeram com que crescesse também as críticas à postura ativista das cortes constitucionais.

Uma das principais críticas é a possível interferência no princípio da tripartição dos poderes. Essa tripartição foi aperfeiçoada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis” (2005), que defende a existência de três poderes diferentes, autônomos e independentes entre si, sendo eles o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Ao Poder Executivo cabe a função de executar as leis e praticar atos de administração, ao Poder Legislativo cabe a função de legislar e inovar o ordenamento jurídico, e, por fim, ao Poder Judiciário cabe a solução de conflitos ao aplicar a lei.

No entanto, muitos doutrinadores defendem que não deve haver limitações bem definidas na atuação de cada um dos poderes, pois estes devem atuar conjuntamente e basear-se na cooperação recíproca. Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1993) salienta que o juiz é também criador do direito, pois a criatividade se mostra inerente à toda interpretação. Ele afirma que: “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a teoria a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito”.

No entanto, o jurista destaca que “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos” (CAPPELLETI, 1993).

Ante o exposto, a estrita limitação entre os poderes já não se encaixa na atual realidade brasileira, na qual os limites se encontram em uma zona fluida e indefinida e todos os poderes

devem nortear suas ações para a concretização de direitos fundamentais, de forma recíproca e cooperativa. Nesse aspecto, as atuações dos três poderes devem ser analisadas com a métrica da garantia dos direitos fundamentais e não mais com a métrica das estritas limitações de competências, pois todos os poderes possuem o mesmo objetivo: a concretização de direitos fundamentais.

Outra crítica à ampla atuação judicial é o risco de politização da justiça. Essa politização ocorre mediante o abandono do caráter jurisdicional pelos juízes e tribunais para se tornarem atores políticos.

Diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, segundo o qual o Poder Judiciário deve se manifestar sempre que provocado, e do aumento da busca pela tutela judicial, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser mero agente na interpretação do direito e se transformou em um verdadeiro poder político.

As críticas ao judiciário como agente de transformação política voltam-se à crença na qual os votos dos tribunais são ideológicos e partidários, principalmente durante o período de polarização política vivenciado no Brasil nos últimos anos. Corroborando com o exposto por Taynara Tiemi Ono (2012):

O processo de judicialização da política não deve ser visto com desconfiança ou como uma aberração, mas sim como uma maneira a mais que os cidadãos, individualmente ou representados por organizações de caráter público ou privado têm para reivindicarem direito.

Nessa perspectiva, quanto mais espaços para o exercício democrático, maiores as possibilidades do cidadão se sentir representado e maior a garantia de direitos à população. No entanto, a atuação de outras instituições não deve ser descartada, com o objetivo de aumentar os debates a respeito de questões controversas dentro da sociedade.

Outra relevante objeção à ampliação da força decisória concedida aos tribunais brasileiros é a chamada jurisdição contra majoritária, a qual consiste na invalidação dos atos editados por representantes eleitos pelo povo, ou seja, representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Desse modo, um órgão não eleito afastaria escolhas tomadas por instâncias políticas escolhidas pela população democraticamente.

Vale ressaltar que o Estado Democrático de Direito reconhece que todos, inclusive os grupos minoritários, são relevantes na sua composição. Sob essa ótica, Renata Martins de Souza (2021) defende que as críticas a essa atuação devem ser minimizadas, “(...) na medida em que se reconhece que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a tutela dos direitos fundamentais e a incorporação de outros valores fundamentais.”

## **7 A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL**

Nos últimos anos, ganhou espaço a defesa de uma postura dialógica entre as instituições, indicando que o exercício da autoridade sobre a Constituição deve ser compartilhado entre os três poderes e não mais depender de uma última palavra ou decisão proferida somente por um órgão de poder.

A palavra diálogo reflete uma ideia de reciprocidade, na qual todos devem escutar e ser escutados. Na teoria constitucional, o termo tem surgido como uma interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, representando um papel de cooperação entre os poderes e as instituições, não um confronto.

Nesse sentido, Miguel Gualano de Godoy e Roberto Dalledone Machado Filho (2022) afirmam que:

Assim, os diálogos têm ressurgido como categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela

Com base nisso, é possível repensar o papel de guardião da Constituição exercido pela Suprema Corte, compreendendo-o apenas como mais um ator, mas não soberano e exclusivo na interpretação constitucional. Desse modo, o Supremo Tribunal federal continua exercendo a competência de guardião, porém deve exercê-la de forma dialógica. Esse novo papel não busca enfraquecer o Poder Judiciário, mas mudar a compreensão sobre a sua competência. Logo, o STF deixa de ser o guardião da última palavra sobre a interpretação da constituição e passa a ser o guardião de mais uma voz na definição do significado do texto constitucional (GODOY; MACHADO FILHO, 2022).

Em tradução à obra de Roberto Gargarella, Godoy e Machado (2022, p. 126) expõem que a cultura e o desenho institucional latino-americanos não estão acostumados com essa interação dialógica e isso acontece porque vigora em boa parte dos países:

(i) uma concepção pluralista de democracia; (ii) um sistema de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra (ao invés de destinado a promover a cooperação entre os Poderes); e (iii) uma distância entre o povo, seus representantes e as instituições

Em relação ao item “i”, essa concepção pluralista de democracia considera o texto constitucional sede da vontade popular, de maneira a evitar os questionamentos a respeito do

que está consolidado na Constituição, ou seja, não há espaço para discussões no que nela está definido. Assim, há uma tendência a uma interpretação restrita do texto constitucional, limitando ao que queriam dizer quando este foi redigido.

O sistema de freios e contrapesos, mencionado no item “ii”, foi aperfeiçoado com a finalidade de evitar o abuso de um poder sobre o outro. No entanto, essa ideia transmite a concepção de que os poderes devem competir uns com os outros, como adversários no desenho institucional, e não atuar de forma colaborativa e dialógica. Essa realidade está explícita no Brasil, principalmente nos últimos anos, em que se percebe uma postura de ataque entre os três poderes.

Para agravar ainda mais as dificuldades na implementação de um diálogo, em muitos casos, as partes legitimadas para a propositura das ações de controle concentrado levam ao tribunal demandas que representam apenas seus próprios interesses e não os interesses do povo (GODOY; MACHADO FILHO, 2022).

No direito comparado, um exemplo de atuação jurisdicional dialógica é o caso Badaro, julgado em 2006 pela Corte Suprema de Justiça na Argentina, após o questionamento de um aposentado sobre os índices de correção aplicados pelo governo à sua aposentadoria.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte Argentina declarou que a prática utilizada para correção ofendia a constituição, devendo os poderes políticos tomar as providências necessárias para retificar a correção das aposentadorias e reparar os danos causados. Dessa maneira, a Suprema Corte não deixou de decidir o caso, mas também não interferiu na competência dos demais poderes, pois apenas determinou que estes tomassem as providências necessárias de acordo com as exigências constitucionais.

Todavia, nesse caso, o Congresso não respondeu adequadamente à decisão da Suprema Corte, pois não definiu um novo índice de ajuste e correção. Diante disso, a Suprema Corte proferiu nova decisão sobre o mesmo assunto, a qual estabeleceu os índices a serem aplicados até que sobreviesse legislação adequada (GODOY, 2015, p. 176).

Isto posto, o Poder Judiciário deve ser visto como mais um ator participante no processo interpretativo e as respostas sobre o significado da constituição devem ser construídas pelas mais diversas instâncias de poder.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e as leis de regência da ADI (Lei nº 9.868/1999) e ADPF (Lei nº 9.882/1999) trazem relevantes institutos normativos destinados a promover o diálogo institucional entre os Poderes, bem como entre as instituições e a sociedade. Dentre elas, pode-se citar a participação obrigatória do Procurador-Geral da República e do



Advogado Geral da União, além do órgão ou autoridade da qual emanou a lei ou o ato normativo objeto de questionamento.

Ademais, o *amicus curiae* é também uma forma de diálogo com a sociedade, pois permite a participação de pessoas, órgãos ou entidades requerentes que entendem sobre o assunto e que podem contribuir para a elucidação da questão.

Logo, há um quadro normativo que favorece o diálogo interinstitucional brasileiro. No entanto, esses procedimentos devem ser levados a sério para que o efetivo diálogo aconteça. Dessa forma, se os poderes e instituições não se propõem a ouvir, aceitar ou refutar os argumentos e as razões de cada um deles, não há o efetivo diálogo institucional e social.

No julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 é perceptível o diálogo institucional ao tratar da descriminalização do uso de drogas para consumo pessoal. Esse recurso voltou-se contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP, sob a tese de que o porte da maconha para uso pessoal quando enquadrado no tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 ofende o direito fundamental à intimidade e à vida privada (FACHIN; GODOY, 2018). O ministro Luiz Edson Fachin pediu vista dos autos para aprofundar a reflexão sobre o tema.

Pedi vista. Início este Voto ressaltando que assim procedi para aprofundar a reflexão sobre este tema de caráter hipercomplexo e transdisciplinar. A solução de controvérsias dessa natureza exige diálogo. Um pedido de vista pode e deve, assim, servir também para isso. Nesse processo decisório, a construção da ponte importa tanto quanto as margens: a margem da qual se parte e aquela para onde se vai. Por essa razão, estabeleci nos dias em que estive com os autos sob minha vista, sem embargo do exíguo período, profícuo diálogo com os demais Poderes (Executivo e Legislativo), órgãos, instituições e especialistas na área, como, por exemplo, o Dr. Dráuzio Varella e o jurista Luís Greco. Foi o contido nos autos, o profundo voto do Ministro Gilmar, o debate público estabelecido sobre esse tema e, tudo isso somado aos diálogos que estabeleci nesse processo, que me fundaram a construção da ponte que agora vos exponho e que me levaram à margem que agora vos apresento (STF Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. p.1)

Em seu voto, o ministro Fachin apontou que é atribuição do Poder Legislativo o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam para diferenciar usuário de traficante. O ministro ainda determinou que os órgãos do Poder Executivo (Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas sobre drogas, estabelecessem diferenciadores indicativos para serem considerados no caso concreto até que sobreviesse legislação específica (FACHIN; GODOY, 2018).

Por fim, propôs a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas para acompanhar a regulamentação na Lei de Drogas, em especial na diferenciação entre usuário e traficante, além de promover diálogos com instituições especializadas, médicos, comunidades terapêuticas, entre outros.

Diante da dificuldade inerente ao tema, o ministro Fachin demonstrou uma abertura ao diálogo, tanto com especialistas e estudiosos sobre o tema, quanto com os demais Poderes, apontando caminhos e garantindo amplo espaço de atuação para a solução da questão, mas sem deixar de solucionar o caso.

Da mesma forma que ocorreu no Recurso extraordinário, no modelo dialógico, o Judiciário pode evidenciar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo e nortear a atuação dos demais poderes, indicando falhas para que ocorra a complementação ou correção necessária que melhor garanta os direitos fundamentais.

Assim como demonstrado anteriormente no caso argentino Badaro, a Suprema Corte demonstrou uma postura dialógica ao declarar a omissão e definir as medidas necessárias para que os entes competentes pudessem atuar. Porém, ao se deparar com uma nova omissão no mesmo caso e diante de uma atuação insuficiente, proferiu uma nova decisão com o objetivo de solucionar o caso, conforme os direitos previstos na Lei maior, até que o Congresso responda de maneira satisfatória.

Portanto, os diálogos institucionais são uma forma de estímulo às ações dos Poderes Executivo e Legislativo e não anulam o principal objetivo da jurisdição constitucional, que é a garantia e a efetivação de direitos, apenas busca compartilhar essa responsabilidade com outras instituições.

## **8 CONCLUSÃO**

Percebe-se que os direitos fundamentais são o centro do ordenamento jurídico e o respeito a esses direitos e sua devida efetividade são essenciais para a existência de um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, todas as instâncias de poder devem buscar um objetivo comum, ou seja, a garantia dos direitos fundamentais. Com isso, toda a legislação ordinária e a atuação do poder público devem voltar-se à função concretizadora dos direitos previstos na Lei Maior, não bastando o reconhecimento formal deles, mas também material com a incorporação à vida dos cidadãos.

Apesar de haver ampla discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade e diversas objeções à ampla intervenção judicial, é de se ressaltar a relevância desse poder na efetivação de direitos e na discussão a respeito de questões controversas na sociedade.

Conforme exposto, quanto mais espaços para o exercício democrático, maiores são as possibilidades de discussão e, conseqüentemente, de representatividade dos cidadãos. Logo, a atuação de outras instituições não deve ser descartada, visando à ampliação do debate e do diálogo institucional.

Com a ampliação dos diálogos, a interpretação constitucional torna-se fruto das melhores razões sociais e jurídicas que justifiquem a postura de cada instituição, mostrando, assim, a sua relevância para a ampliação do debate democrático e, conseqüentemente, para a maior efetividade dos direitos fundamentais.

O cidadão, representado pelo homem em sua dimensão social plena, deve ser o bem objetivado pelo direito. E o direito enquanto valor para homem, deve ser pautado pelo ideal de Justiça!

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, n. 240, p. 1–42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 05 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, 2009. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009\\_barroso\\_judicializacao\\_ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 22 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 13/06/2019. Plenário. Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico do dia 06/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 abr. 2022

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 29/04/2004. Voto relator. Data de Publicação: Diário da Justiça Eletrônico do dia 04/05/2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 05 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE: 635.659/SP** – São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. Disponível em: . Acesso em: 25 de julho de 2023

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CAPPELETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** 1º ed. 1993. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 1. ed. 2002. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução e notas: Nelson Boeira

FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de. Diálogos institucionais e uma possibilidade concreta no Recurso Extraordinário 635.659. **A Constituição entre o direito e a política**: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva, 1. ed., Rio de Janeiro, 2018, p. 219-254

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 120, jan./mar. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril\\_v59\\_n233\\_p117](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117) Acesso em: 20 abr. 2022

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2022

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 24. ed. 2020. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ONO, Taynara Tiemi. O processo de politização da justiça no Brasil e a atuação do Poder Judiciário como garantidor dos princípios básicos da democracia. **Caderno Virtual**. Disponível em: [https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/703\\_](https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/703_). Acesso em 10 jun. 2022.

SAMPAIO, Karinne Fontenele. **O controle de constitucionalidade da omissão legislativa e seus aspectos contemporâneos**: a (im)possibilidade de diálogo entre o CN e o STF. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2899>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 12 de janeiro de 2022

SILVA, Gerlando Faustino da; BORGES, Fabio Lasserre Sousa. **Tripartição dos poderes no contexto atual brasileiro**. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Gerlando%20Faustino%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2022.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Israel Lopes Araújo . A jurisdição constitucional:: um embate entre a teoria procedimental legislativa e a democracia substantiva. **Revista Jus Navegandi**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31786/a-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 29 jul. 2022.

SOUZA, Renata Martins de. Da atuação contramajoritária do STF: da inconstitucionalidade da legislação “Escola Sem Partido”. **Revista Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342612/da-atuacao-contramajoritaria-do-stf-da-inconstitucionalidade-da>. Acesso em: 19 jun. 2022

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Dóí: 10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/PT-br.php>. Acesso em: 19 jun. 2022.