

# A ATUAÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DA INÉRCIA LEGISLATIVA NO TOCANTE À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS <sup>1</sup>

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

Ana Laura Cardoso JACOBASSI <sup>2</sup>

José Antônio de Faria MARTOS <sup>3</sup>

---

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a posição protagonista do Poder Judiciário, realizando uma análise histórico-evolutiva do papel ocupado pela Constituição. Com o advento do neoconstitucionalismo e a consequente revalorização do texto constitucional, aumentou a busca pela proteção dos direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas. Ao analisar a postura ativa da Suprema Corte, percebem-

---

<sup>1</sup> O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

<sup>2</sup> Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Franca, aluna pesquisadora PIBIC 2021-2022, trabalhou como estagiária na Secretaria Municipal de Franca/SP de agosto de 2021 a março de 2022. Atualmente é estagiária no Ministério Público Federal, mais especificamente na Procuradoria da República em Franca/SP, celular: (16) 993267215, e-mail: alcjacobassi@gmail.com, lattes:<http://lattes.cnpq.br/2488243781785867>, Endereço: Rua José de Alencar, n° 2130, apto 22, Franca/SP.

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela FADISP – (2015). Doctor en Ciencias Juridicas y Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino UMSA - Buenos Aires (2011). Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1993). Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Franca (1983). Foi professor da Universidade de Ribeirão Preto. Professor Titular da FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. É advogado inscrito na OAB-SP sob n. 77831. Foi procurador municipal. Associado a Associação dos Advogados do Estado de São Paulo – AASP, ao Conselho Nacional de Pós- Graduação em Direito – CONPEDI e à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC. E-mail [joseantoniomartos@gmail.com](mailto:joseantoniomartos@gmail.com) Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4560099332817481>.

se inúmeras críticas, principalmente com relação ao princípio da tripartição dos poderes e da politização da justiça. Dessa forma, o trabalho propõe-se, por meio de pesquisas bibliográficas, a buscar formas de efetivar os direitos fundamentais e analisar as críticas à ampla atuação judicial.

**Palavras-Chave:** *Poder Judiciário, Direitos Fundamentais. Judicialização. Ativismo Judicial Diálogo Institucional.*

## **ABSTRACT**

This article seeks to analyze the protagonist position of the Judiciary, carrying out a historical-evolutionary analysis of the role occupied by the Constitution. With the advent osneoconstitucionalism and the consequent reevaluation of the constitutional text, the search for the protection of fundamental rights, considered as essential clauses, increased. When analyzing the Supreme Court's active stance, there are numerous criticisms, especially with regard to the principle of the tripartition of powers and the politicization of justice. In this way, the work proposes, through bibliographic research, to seek ways to implement fundamental rights and analyze the criticisms of the judicial action.

**Keywords:** Judiciary. Fundamental Rights. Judicialization. Judicial Activism. Institutional Dialogue.

## **1 INTRODUÇÃO**

O protagonismo do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o fortalecimento da Suprema Corte no Brasil, ocasionou profundas mudanças no desenho institucional brasileiro, ganhando 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 que envolvem 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 contramajoritária.

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: O ADVENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

A Constituição é a 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.

Após a 2<sup>o</sup> 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 democrático 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 democrático 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, 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.”<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista De Direito Administrativo, v. 240. 2005. Pág. 05. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695> Acesso em: 05 jan. 2022.

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 passa a ser 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, conferindo supremacia à Constituição e não mais ao Parlamento. Logo, 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, 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.

### **3 ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

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. Assim, quando há incompatibilidade entre uma lei ou ato normativo e as disposições constitucionais, estas devem prevalecer. Desse modo, o controle de constitucionalidade verifica se a norma infraconstitucional tem fundamento de validade na Constituição.

O Brasil adota, como regra, o controle realizado pelo Poder Judiciário. Assim, ele é responsável pela interpretação das leis e atos normativos. Nesse sentido, afirma Barroso:

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.<sup>5</sup>

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, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essas formas de controle de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* para conferir harmonia ao ordenamento jurídico.

Ressalta-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 para o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, quando, em razão da omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo, determinada norma constitucional não se encontra efetivada, é cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão perante o Supremo Tribunal Federal.

### **3.1 DISCUSSÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A revisão de leis ou atos normativos pelo Poder Judiciário sofre inúmeras críticas. Dentre elas, 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

---

<sup>5</sup>BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

órgão. Sendo assim, muitas vezes, o Poder Judiciário concede a última palavra em uma série de questões de relevância social.

Nesse aspecto, Ronald Dworkin 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.<sup>6</sup>

O jurista ainda afirma, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”<sup>7</sup>, que deve ser feita uma “leitura moral da Constituição”, 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.

---

<sup>6</sup>Apud 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-jurisdiacao-constitucional>. Acesso em: 29 julho. 2022.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1 ed. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O Título II da Constituição brasileira de 1988 é dedicado aos direitos e garantias fundamentais e é dividido em cinco capítulos: I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II – “Dos Direitos Sociais”; III – “Da Nacionalidade”; IV – “Dos Direitos Políticos”; e V – “Dos Partidos Políticos”.

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, surgem 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 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: PRINCIPAIS DIFERENÇAS**

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. Assim, 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, à igualdade, entre outros.

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 eles, 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 homofobias 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”).<sup>8</sup>

O tema da efetivação de direitos e políticas públicas por vias judiciais já foi debatido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no

---

<sup>8</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 abr. 2022.

juízo 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.<sup>9</sup>

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, 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. O jurista diferencia o ativismo judicial e a judicialização da seguinte forma: “A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. (...) Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 05 maio 2022.

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza*, v. 5, n. 8, p. 14. 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.

## 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”, 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 reciprocamente e basear-se na cooperação recíproca. Nesse sentido, Mauro Cappelletti defende a ideia na qual o juiz é também criador do direito, pois a criatividade se mostra inerente a 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.”<sup>11</sup>

No entanto, o jurista salienta que “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.”<sup>12</sup>

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.

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

<sup>11</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes legisladores? 1º ed. 1993. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 27

<sup>12</sup> CAPPELLETI, Mauro. Juízes legisladores? 1º ed. 1993. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 24

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 de que os votos dos tribunais são ideológicos e partidários, principalmente durante o período de polarização vivenciado no Brasil.

Assim como afirma TaynaraTiemi Ono:

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 direitos.<sup>13</sup>

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 contramajoritária, 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. Portanto, assim como afirma Renata Martins de Souza, 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.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> ONO, TaynaraTiemi. 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>. Acesso em: 10 jun. 2022

<sup>14</sup> 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.

## 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.

Nesse sentido, Miguel Gualano de Godoy e Roberto Dalledone Machado Filho 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.<sup>15</sup>

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 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<sup>16</sup>. 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.

<sup>15</sup> 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 jun. 2022.

<sup>16</sup> GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 176. 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.

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. Percebe-se que o Poder Judiciário, em decorrência da omissão legislativa, considerou necessária uma atuação mais proativa.

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) preveem 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 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.

Os diálogos institucionais não anulam o principal objetivo da jurisdição constitucional, o de garantir e efetivar direitos, apenas busca compartilhar essa responsabilidade com outras instituições.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que os direitos fundamentais são o centro do ordenamento jurídico e todas as instâncias de poder devem buscar um objetivo comum, qual seja de garantir e efetivar esses direitos.

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 na pesquisa, 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 é 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.

## 9 REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **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\\_barros\\_o\\_judicializacao\\_ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barros_o_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.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 abr. 2022

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. 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.

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

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**, 26 abr. 1997.

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 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

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.** 2015. 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. **Do Espírito das Leis.** Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural.

ONO, TaynaraTiemi. **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>. 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 de junho de 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 julho. 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.