



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS**

**DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE A PARTIR DA  
APOSENTADORIA DO MAGISTÉRIO**

**WELLINGTON LUCAS DE JESUS**

**LAVRAS-MG  
2019**

**WELLINGTON LUCAS DE JESUS**

**DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE A PARTIR DA  
APOSENTADORIA DO MAGISTÉRIO**

Monografia apresentado ao Centro  
Universitário de Lavras como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

Orientador: Prof. Me. Guilherme Scodeler  
de Souza Barreiro

**LAVRAS-MG  
2019**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

J58d Jesus, Wellington Lucas de.  
Diálogos constitucionais: análise a partir da aposentadoria  
do magistério / Wellington Lucas de Jesus; orientação de  
Guilherme Scodeler de Souza Barreiro. -- Lavras: Unilavras,  
2019.

47 f. : il.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das  
exigências do curso de graduação em Direito.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Ascensão do poder  
judiciário. 3. Diálogo constitucional. 4. Aposentadoria. 5.  
Magistério. I. Barreiro, Guilherme Scodeler de Souza (Orient.).  
II. Título.

**WELLINGTON LUCAS DE JESUS**

**DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE A PARTIR DA  
APOSENTADORIA DO MAGISTÉRIO**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

APROVADO EM: 08/10/2019

**ORIENTADOR**

Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro

**PRESIDENTE DA BANCA**

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

**LAVRAS-MG  
2019**

## RESUMO

**Introdução:** O presente trabalho foi elaborado por meio de uma pesquisa bibliográfica, bem como o estudo de caso, buscando responder como juízes e o Supremo Tribunal Federal podem interagir com os demais poderes. O caso selecionado refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772-2, que tem por escopo a declaração da inconstitucionalidade da interpretação extensiva realizada pelo Poder Legislativo acerca da aposentadoria do magistério. **Objetivo:** Objetiva-se, por meio deste, elucidar a problemática que envolve a polêmica contida na ascensão do Poder Judiciário, além da teoria da “última palavra” a qual expressa uma postura supremacista do Supremo Tribunal Federal, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e apostando na teoria do diálogo constitucional entre os poderes na interpretação da Constituição, como forma de demonstrar a inexistência de supremacia entre poderes. **Metodologia:** Apresenta como finalidade a pesquisa descritiva, tendo como meio de investigação a pesquisa bibliográfica e tendo abordagem qualitativa, com análise documental. **Conclusão:** Por fim, serão lançadas as conclusões atinentes a aplicabilidade da teoria do diálogo constitucional entre os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Ascensão do Poder Judiciário; Diálogo constitucional; Aposentadoria; Magistério.

## ABSTRACT

**Introduction:** The present work was elaborated through a bibliographic research, as well as a case study, seeking answers as judges and the Federal Supreme Court can interact with the others. The case selected refers to Direct Unconstitutionality Action n. 3,772-2, whose scope is a declaration of unconstitutionality of the Legislature's extensive interpretation of the retirement of the teaching profession. **Objective:** The objective here is to elucidate a problem involving a controversy contained in the rise of the judiciary, in addition to the theory of the "last word" or what is a supreme expression of the Supreme Court, inaugurated by the Federal Constitution of 1988 and betting on the theory of constitutional dialogue between powers in interpreting the Constitution, as demonstrating the absence of supremacy between powers. **Methodology:** It presents how to use a descriptive research, having as a means of investigation a bibliographic research and having a qualitative approach, with documentary analysis. **Conclusion:** Finally, conclusions will be drawn on the application of the theory of constitutional dialogue between the Legislative, Executive and Judiciary.

**Keywords:** Federal Supreme Court; Rise of the judiciary; Constitutional dialogue; Retirement; Magisterium

## SUMÁRIO

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2. REVISÃO DA LITERATURA .....</b>	<b>11</b>
2.1 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO .....	11
<b>2.1.1 A judicialização da política .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.2 Supremacia do Judiciário .....</b>	<b>16</b>
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL .....	18
2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA” .....	20
2.4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS .....	24
2.5 ABERTURA PARA OS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: A PARTIR DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS PROFESSORES .....	29
<b>2.5.1 Revogação da Súmula 726 do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>33</b>
<b>2.5.2 Concretização dos diálogos na jurisdição brasileira.....</b>	<b>34</b>
<b>3 CONSIDERAÇÕES GERAIS .....</b>	<b>37</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, de maneira especial, quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, conferiu maior legitimidade democrática às decisões judiciais, modificando significativamente as estruturas político-estatais, promovendo maior destaque ao texto constitucional. Entretanto, após essa substancial mudança de paradigma das decisões, o Poder Judiciário apresentou postura muitas vezes ativista, colocando-se como único legítimo para proferir decisões relativas a controvérsias morais e de grande repercussão social.

Tem-se que a partir da Constituição de 1988, a temática sobre a jurisdição constitucional vem gerando peculiar interesse para a doutrina nacional, principalmente após o Supremo Tribunal Federal ser intitulado como guardião da Constituição. Além disso, as diversas alterações políticas e jurídicas que a Carta Federal promoveu no controle de constitucionalidade e na atuação em geral do Poder Judiciário, ensejou a maior credibilidade do poder judiciário, conseqüentemente tornando o judiciário protagonista no cenário brasileiro. (GODOY, 2015)

Assim, o fenômeno da ascensão mundial do Poder Judiciário, sob o prisma da jurisdição constitucional, vem demonstrando o que muitos autores denominam como judicialização da política, que também estudado sob o viés do ativismo judicial. Neste passo, tem-se que a judicialização é um fenômeno estrutural e dele surge um ato que é o ativismo judicial.

Vale registrar, que a judicialização surge com a promulgação do texto constitucional que conferiu à Suprema Corte a função de Guardião da Constituição e, conseqüentemente, criou-se a ideia de que o Poder Judiciário teria a capacidade de interferir em políticas públicas, bem como “dizer o direito”, de forma especial quando os demais poderes se omitirem acerca da matéria. Ante tal panorama, surge o ativismo judicial que pode ser tratado como um efeito colateral da judicialização, tendo em vista que o Poder Judiciário passa a ter uma performance mais ativa acerca da temática de políticas públicas, em alguns casos adentrando nas competências basilares do Poder Legislativo e Executivo.

Ademais, a expansão do Judiciário e os desarranjos entre as instituições, proporcionou ao Supremo Tribunal Federal um papel de protagonista frente às demandas sociais e, tendo em vista que o panorama social aprestado no Brasil e a falta de representatividade, é necessário ressaltar que o Judiciário tornou-se o poder que “pode decidir” qual o melhor caminho a ser trilhado. Todavia, para muitos doutrinadores, essa “invasão” do Poder Judiciária na competência dos demais poderes, pode ocasionar riscos à democracia, posto que conferir a um único órgão o poder de dizer a “última palavra” não atenderia os princípios do Estado Democrático de Direito. Por tal motivo os diálogos vêm sendo debatidos de forma peculiar e intensa, visto que boa parte dos doutrinadores acredita que a teoria dos diálogos seria um ponto de equilíbrio ou até mesmo uma forma de solucionar o ativismo e a questão da “última palavra”. Com isso, a doutrina jurídica vem investindo esforços a fim de ponderar a atuação da Corte de Cúpula em resposta às demandas sociais, sobretudo em relação aos *checks and balances* do movimento constitucional atual.

Posto isto, indaga-se: de que maneira podem os juízes e o Supremo Tribunal Federal interagir com os demais Poderes, com a finalidade de concretizar os princípios do Estado Democrático de Direito? A construção de uma resposta para tal pergunta passa, em primeira análise, pelo respeito aos limites estampados no Texto Político, e de forma especial a abertura para um diálogo constitucional. Tal diálogo deve ocorrer entre os Poderes, Instituições e o povo.

A Constituição Federal incumbiu ao Poder Judiciário, com um maior destaque à Suprema Corte, a interpretação do seu texto e das normas infraconstitucionais, exigindo-se a compatibilidade vertical destas últimas com a Constituição da República de 1988. Entretanto, somente este argumento não pode ser válido em um Estado Democrático de Direito, haja vista que a interpretação da Carta Fundamental do Estado não pode estar sob o crivo de apenas um dos Poderes da República.

A partir disso, o objeto será analisar de uma forma minuciosa o protagonismo da Suprema Corte e buscar apresentar meios para questionar a autossuficiência apresentada, nos últimos anos, pelo Judiciário, bem como compreender que a concretização dos diálogos interinstitucionais, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, pode vir a ser a melhor solução para reequilibrar as forças dos três poderes e

consequentemente construir uma jurisprudência “justa”, tendo em vista que os anseios sociais devem ser fomentados no palco adequado da representatividade, ou seja, no Poder Legislativo.

Após demonstrar os fatores necessários para a interação do Judiciário com os demais poderes e a apresentação da teoria dos diálogos constitucionais, o presente trabalho busca, ainda, realizar o estudo de caso concreto onde pode ser constatada a aplicação dos diálogos constitucionais. O presente estudo de caso será em cima da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, posto que após ser provocada, a Suprema Corte analisou a lei nº 11.301/2006 e, ao final, reconheceu legitimidade da interpretação extensiva realizada pelo Poder Legislativo, conferindo assim, a aposentadoria especial aos professores que realizam atividades extraclasse.

Neste passo, ao analisar o caso concreto, de forma especial, o reconhecimento pela a Suprema Corte da legalidade da interpretação realizada pelo legislador infraconstitucional, que em tese estaria contrariando o texto da Súmula 726, usufruindo de certa forma da sua função secundária e realizando uma interpretação ampliativa à categoria “funções de magistério”, incluindo para fins de aposentadoria especial as funções de direção da unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal constatou que a interpretação realizada pelo legislador infraconstitucional era válida, modificando sua jurisprudência já consolidada.

Seria um grande risco à Democracia a realização da interpretação Constitucional por apenas um dos Poderes da República. Na contramão dessa ideia de “última palavra” conferida ao Supremo Tribunal Federal, cria-se a ideia de um diálogo dinâmico sobre a interpretação constitucional. A teoria denominada “Diálogo Constitucional”, de forma superficial, pode ser compreendida como um azeitamento entre os poderes e a sociedade, na busca da melhor interpretação constitucional.

O presente trabalho tem como cerne principal delinear a importância dos diálogos constitucionais como instrumento de equiparação e solidificação da política de freios e contrapesos.

Apoiando-se essencialmente nas proposições metodológicas, o intuito é gerar um novo prisma acerca da revisão judicial como uma etapa dentro do debate político,

afastando-se a discussão no sentido de qual órgão seja o detentor da “última palavra” sobre direitos fundamentais.

Portanto, atribui-se maior enfoque na concretização de um debate sobre temas de grande relevância social, buscando-se a inclusão do Legislativo e do povo, na medida em que a decisão judicial encerra momentaneamente a discussão de certo tema, sem, contudo, esgotá-lo no plano prático. Devem ser as discussões de cunho constitucional democratizadas e empenhadas pelo Estado e também pelos jurisdicionados.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Definitivamente, o processo de redemocratização e conseqüentemente a promulgação da Constituição da República de 1988 insurgiu uma nova concepção político-jurídico no Brasil, assim, a Constituição passou a ser bem mais do que um mero documento que determina a organização estatal e suas atribuições, mas um documento norteador estabelecendo direitos e garantias fundamentais (GODOY, 2015).

Com isso, tem-se como ponto de partida para a análise do protagonismo que vem passando o Poder Judiciário, de forma especial, à Supremo Tribunal Federal a entrada em vigor da Constituição de 1988, tendo em vista que o texto da Constituição passa a ser considerada como norma jurídica. Nesse passo, a importância de se garantir todos os direitos e garantias estabelecidos no texto legal da lei suprema foi dado ao Poder Judiciário a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Com isso o Judiciário, dando ênfase ao Supremo Tribunal Federal, contraiu um papel de protagonista no cenário político (VERÍSSIMO, 2008).

Nesse viés, a possibilidade de se interpretar o texto constitucional e a realização de um controle dos atos do Poder Legislativo e do Executivo quando se diz respeito às normas infraconstitucionais com a finalidade de se constatar a ocorrência de alguma violação dos preceitos expostos explicita e implicitamente no texto constitucional, deu ao Judiciário um papel de protagonista no cenário político, tornando-se “guardião” texto constitucional.

Mister destacar, ainda, que outro fator de grande relevância para a ascensão do Poder Judiciário seria a judicialização da política.

Apoiando-se nas lições de Luís Roberto Barroso que resume a relação entre a expansão da jurisdição constitucional pelo mundo e o surgimento do fenômeno que aqueles denominaram de judicialização da política:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididos, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições

judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2018, p.443)

Com efeito, a força motriz para a origem da expansão do poder dos tribunais, de forma geral se dá pela mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como "judicialização da política" (CITADINO, 2002).

Insta consignar, ainda a prerrogativa que a Constituição de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal como foro judicial especializado, ao julgar criminalmente os agentes públicos que ocupam aos mais altos postos na administração da República, por exemplos os Presidente da República. Sendo conferido, também, o status de última instância revisora com a finalidade de ratificar ou não o controle difuso realizado por tribunais inferiores (KOZICKI; ARAÚJO, 2015). Constatase, novamente, que a Constituição ampliou as funções da Suprema Corte, conseqüentemente auxiliando sua ascensão sobre as demais instituições.

Após a construção do retrospecto do constitucionalismo moderno, é possível depreender que durante muito tempo as Constituições foi interpretada pelo Poder Legislativo através de meras proclamações políticas, carentes de normatividade, onde se enquadrava de forma rígida a separação de poderes, com isso, a edição de normas jurídicas, imunes à jurisdição constitucional ou a qualquer tipo de controle externo do legislador soberano (ARAÚJO, 2017).

Nessa esteira, o protagonismo judicial na contemporaneidade decorre do aumento das funções da Corte em virtude de dois fatores. Primeiro o fenômeno da judicialização da política, onde se constata a remoção de decisão dos poderes Executivo e Legislativo delegando ao Poder Judiciário, o qual passa, normalmente dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes. O segundo fator está intrinsecamente ligado ao desarranjo e a desilusão com a representatividade ocasionada pela falta de funcionalidade do parlamento. Ocorre que por diversas vezes o Legislativo e o Executivo se utilizam dessa estratégia de transferência de poderes, com a intenção de evitar o debate de temas polêmicos e controvertidos, que dificilmente seriam decididos

em sentido favorável, seja pelo dissenso ou pela insuficiência de debate (BARROSO, 2018).

É de bom alvitre destacar que a atuação da suprema corte brasileira não pode ser medida apenas do ponto de vista ativista, tendo em vista que sua atuação é considerada como pendular, onde em dado momento adere posturas autocontidas, ora condutas ativistas (CRUZ; GUIMARÃES, 2016).

E não obstante a desarticulação dos demais poderes e essencialmente o desprestígio do parlamento, faz nascer outro fenômeno que justifica a compreensão do protagonismo judicial, pois a falta de representatividade por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo coaduna para a ascensão do judiciário e conseqüentemente passa a ser considerado o protetor da moral e dos bons costumes, bem com cria-se um superego para a “sociedade órfã” (PAIM, 2017).

Contudo, a mera afirmação de que o Poder Judiciário é o detentor da “última palavra” ignora o fato de que em uma democracia a legitimação é discursiva e ocorre na capacidade de demonstrar racionalmente determinada escolha interpretativa, sendo certo que um discurso que não convença os destinatários da decisão não se sustentaria na realidade política do país, esvaziando a eficácia das próprias decisões e a credibilidade do Tribunal Constitucional (PAIM, 2017).

Ante todo o exposto, vale destacar os dois principais fatores que coadunaram para a ascensão do Poder Judiciário: a) a judicialização da política; b) a supremacia do judiciário frente as demais instituições. Assim, para melhor elucidação do atual panorama social brasileiro, mister apresentar os conceitos e fundamentos das hipóteses acima elencadas.

### **2.1.1 A judicialização da política**

O engrandecimento do controle da normatividade levado a cabo pelo Judiciário é oportunizado em virtude da Constituição de 1988a qual, no bojo do Estado Democrático de Direito que inaugura, abarca extenso rol de direitos sociais, como também princípios e garantias fundamentais que exigem, não de outra forma, intenso exercício interpretativo para sua concretização (CITTADINO, 2002).

Neste passo, no período de redemocratização do Brasil o Poder Judiciário passou a assumir um protagonismo, em determinados casos, exacerbado, passando de um departamento técnico especializado do Poder Executivo, para se tornar um genuíno poder político. Com isso, se teve um aumento na demanda por justiça por parte da sociedade, tornando, assim, os juízes e tribunais órgãos responsáveis a solucionar as demandas de cunho social no país (BARROSO, 2017).

Com isso a crescente do Poder Judiciário se deu após o período da 2ª Guerra Mundial e na ótica de André Carias de Araújo

para uma ascensão da justiça constitucional sobre o campo da política, sendo este objeto de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo e resultante do exercício do voto popular. Nesse contexto, em diversas questões de responsabilidade de instâncias políticas tradicionais, o Poder Judiciário passou a ser provocado a se manifestar, transformando-se em importante interveniente do processo democrático. (ARAÚJO, 2017, p.33)

Outro aspecto da judicialização da política é o aumento da competência dos tribunais e juízes no que diz respeito a efetivação de políticas públicas, de formar especial quando as decisões proferidas pelos órgãos judicantes apresentam nova delimitação acerca da atuação dos demais poderes. “A cada semana, alguma corte suprema em algum lugar do mundo anuncia uma decisão importante sobre o escopo da proteção a direitos constitucionais ou sobre os limites dos poderes Legislativo e Executivo” (HIRSCHL, 2009, p.143).

Por meio desse fenômeno a judicialização da política e das relações sociais abarcou para si as questões que seriam atinentes ao Poder Legislativo então desaguando no Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, tais questões relativas do ponto de vista moral, ético, político, social (ARABI, 2013). Nesta vertente, a judicialização da política tem com marcada estrutural a ascensão dos valores, a essencialidade dos direitos fundamentais e, com destaque, o reconhecimento da normatividade dos princípios.

Neste contexto, tem-se diversos exemplo de uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, como a sua recente decisão acerca da possibilidade da realização de aborto quando se tratar de fetos anencefálo, pesquisas com células-tronco, responsabilidade criminal de agentes públicos, entre outras, não é surpreendente que a população tenha cada vez mais se engajado nas discussões desses temas e reagido a

essas decisões (PIMENTEL, 2017). “Em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma “última palavra” do Supremo Tribunal Federal” (VIEIRA, 2008, p. 451).

Soma-se a isso o fato de o Poder Legislativo na visão de Abhner Youssif Mota Arabi se encontrar em uma posição confortável deixando que o Poder Judiciário se desgaste frente à sociedade quando se posiciona frente tais matérias de grande relevância social, visto que não se trata de pessoas eleitas pelo voto popular (ARABI, 2013).

De igual forma pensa o autor Ran Hirschl.

Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de “redirecionamento de culpa” é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos.<sup>106</sup> No mínimo, a transferência de “abacaxis” políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política (HIRSCHL, 2009, p. 165).

Ainda sobre a transferência do poder decisório ao Judiciário, outro aspecto que pode ser observado é que ao transpor ao Poder Judiciário a missão de responder questões atinentes a desavença social ou moral evitaria, assim, dilemas difíceis, nos quais não se vislumbra vitória ou até menos evitaria um colapso político e os Poderes Legislativo e Executivo estariam “protegidos” por não ser deles a manifestação decisória da matéria. Ocorre que na maioria das democracias constitucionais, a Suprema Corte possui mais legitimidade e confiança social do que as demais instituições políticas, tal fato acontece devido a desarranjo das instituições políticas e a ausência de representatividade (HIRSCHL, 2009).

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia (VIEIRA, 2008, p.443).

Nesta senda, percebe-se uma colossal ambição do texto constitucional de 1988, concentrando no Poder Judiciário a missão de controlar os demais poderes, aplicar

políticas públicas, bem como controlar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais primárias, devido a concentração de poder é um único órgão criou-se um desequilíbrio no sistema de separação de poderes no Brasil. Neste contexto criou-se uma Supremocracia, onde o Supremo adquire a função de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário, e outro sentido da palavra Supremocracia é a possibilidade da Suprema Corte expandir sua autoridade em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008).

Todavia, muitas das vezes o Poder Legislativo, que em tese, é o representante dos anseios sociais, dentro da sua discricionariedade funcional julga por bem não colocar em pauta tais matérias, por não apresentar, naquele momento, a vontade social. Dentro desse contexto é nítida, e inegável, a existência de um ativismo judicial, esse visto não como uma opção política do judiciário.

A busca da Suprema Corte no momento de proferir decisões atinentes a questões de repercussão social é a expansão do texto Constitucional e com isso afastando-se da mera aplicação do direito. Contudo tal busca acaba atingindo a atuação dos demais poderes (Legislativo e Executivo), conseqüentemente assumindo uma função de legislador. De mais a mais, o ativismo pode ser mensurado pela quantidade de atos normativos e normas são retiradas no cenário por decisão dos tribunais e cortes, podendo até dizer que a invalidação do ato é uma forma de “retirar a decisão das mãos dos eleitores” (ARAÚJO, 2017).

Portanto, a judicialização da política transformou o Poder Judiciário no protagonista no que diz respeito a concretização do texto constitucional, por conseguinte a única instituição capaz de resolver controvérsias sociais de repercussão. Mas não se pode culpar apenas a atuação ativista do Poder Judiciário, visto que as demais instituições não estão preparadas para concretizar suas funções, por motivos políticos ou até mesmo por incapacidade de concretizar seus atos por desarranjos estruturais.

### **2.1.2 Supremacia do Judiciário**

Noutro viés, o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário pode ser mensurado em duas frentes, ou seja, as condições políticas e condições institucionais. Com isso, o

início da supremacia do poder judiciário frente as demais instituições, iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988, onde o papel do Poder Judiciário passou por uma grande mutação partindo da concepção do *judicial review*, ou seja, o controle dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

Estabelecido o pano de fundo, evidencia-se que o texto constitucional atribuiu ao Estado tarefa árdua e de difícil concretização, com isso as instituições majoritárias, com seus desarranjos notáveis, não consegue concretiza-las de maneira efetiva e na visão social, adequada ao parâmetro social. Assim, o público e os líderes de grupos sociais consideram o Poder Legislativo imobilizados, com isso atendem apenas seus próprios interesses, ou mesmo uma instituição recheada de corruptos. Por este motivo a sociedade aceitou a transferência dos poderes políticos ao Poder Judiciário (BRANDÃO, 2011).

Porquanto, a necessidade de se aplicar as garantias fundamentais explícitas no texto constitucional fez com que o Judiciário, dando ênfase na Suprema Corte, a interpretar os direitos denominados sociais sob um novo prisma “da argumentação moral, marcada pela preocupação com valores e democracia, sendo representados por novas categorias como o “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “proibição do retrocesso”. (ARAÚJO, 2017, p. 43)

Essa participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, em especial na concretização dos direitos fundamentais, com a invasão no espectro de atuação dos demais Poderes constituídos, por meio da atuação das Cortes Constitucionais – responsáveis por aplicar o texto constitucional em todas as suas potencialidades e a monitorar violações a direitos fundamentais – iniciou na Europa a ideia da supremacia judicial. (ARAÚJO, 2017, p. 33)

Neste passo, o trabalho teórico-empírico desenvolvido por Abhner Youssif Mota Arabi menciona a inércia do Poder Executivo e, de forma especial, a do Poder Legislativo como força motriz para a supremacia do Poder Judiciário, pois a não atuação destes poderes gera um “vácuo de poder”, pelo não exercício das atribuições devidas. Por conseguinte, a omissão do Estado e o “vácuo de poder”, o Poder Judiciário, por meio da jurisdição adquiriu no decorrer dos anos um papel de maior importância no cenário democrático brasileiro e solucionador dos anseios da população (ARABI, 2013).

Como forma de preenchimento do “vácuo” criado pela inércia dos demais poderes mister destacar suas grandes inovações na realização do *judicial review*, sendo elas a criação de súmulas vinculantes e a repercussão geral. A súmula vinculante entrou no ordenamento jurídico com a vigência da Emenda Constitucional 45/2004, na qual possibilita a Corte Constitucional após proferir reiteradas decisões em matéria constitucional, que sejam objeto de lide cujo a sua demora possa causar instabilidade no sistema judiciário, poderá a Corte editar súmula vinculante (BRANDÃO, 2011).

Um dos grandes problemas desta concepção, contudo, se dá pelo fato de que na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada para um punhado de juízes não eleitos democraticamente. (ARAÚJO, 2013, p.305)

Neste viés, a postura inerte do Poder Legislativo é sua maneira de expressar que não é o melhor momento para tratar a matéria ou até mesmo a constatação que não seja a vontade da maioria da população, pois os agentes políticos foram eleitos para representar a vontade popular. Por ser este poder legitimado pela sociedade com seu representante com a finalidade de defender seus direitos.

## 2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Traçados, ainda que brevemente, os parâmetros suficientes à conceituação e identificação do judicialização da política, necessário, agora, discorrer quanto aos institutos e práticas antagônicas, ou seja, à postura jurisdicional ativista frente a judicialização. De forma superficial pode definir a judicialização da política como um fenômeno de se iniciou com a promulgação da Carta de 1988, já o ativismo judicial é um ato realizado por juízes e cortes, passando a atuar de forma mais ativa e incisiva.

Vale trazer à baila a definição de judicialização da política, confeccionado por Luís Roberto Barroso, que clarifica que esta conduta, na contramão do ativismo, representando um fenômeno do poder jurisdicional que visa diminuir sua ingerência na esfera de atuação dos demais poderes. Noutra vertente, o ativismo do judiciário pretende captar em grau máximo as capacidades normativas do texto constitucional,

mesmo sem a devida provocação. Posto isto, mister destacar que a judicialização limita-se na aplicação da Constituição em prol das alçadas naturalmente políticas (BARROSO, 2009).

Na análise da teoria do *checks and balances*, a judicialização da política representaria a intervenção do Judiciário, através da ampliação de seu campo de atuação, de formar especial as questões que estariam adstritas aos demais poderes majoritários os quais, por sua extensão influenciaria o contexto político (PEIXINHO, 2008).

Novamente se faz necessário em apoiar-se nas lições de Luís Roberto Barroso que aduz:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 3.)

O surgimento do fenômeno judicialização no Brasil relaciona-se intrinsecamente, em linhas gerais, com o processo de redemocratização do país, tendo seu auge com a Constituição da República de 1988, além do texto da lei maior abranger em seu texto um modelo de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009).

Ante tal panorama, impende destacar que nas palavras do ilustre pesquisador Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o qual entende a judicialização da política seria os demais poderes transferindo para o Judiciário o poder decisório sobre questões de grande relevância, sendo elas matérias políticas ou sócias, fugindo, assim, o Legislativo e o Executivo de deliberar acerca da referida matéria (CAMPOS, 2015).

Com a desestrutura dos poderes majoritários e a necessidade de se definir a aplicação de políticas públicas ou até mesmo a necessidade de resposta para a sociedade, surge o ativismo judicial, desde já, vala registrar que distingue da judicialização da política. Tendo em vista que na medida em que o Poder Judiciário é chamado a resolver os conflitos cruciais que, via de regra, não operam dentro da sua atuação precípua, abre-se uma fenda que propicia o comportamento ativista da jurisdição, por se criar uma ampliação do poder político-normativo (CAMPOS, 2015).

Bem como retratado alhures, o ativismo e a judicialização da política são eventos distintos, embora umbilicalmente ligadas. O que os fazer ser atuações distintas são que o primeiro é a escolha comportamental de juízes e cortes onde passam a ditar as respostas, certas ou erradas, ao se manifestar sobre questões de relevância social. Já o segundo é um fenômeno, que tem em seu íntimo aplicar ou concretizar questões políticas ou sociais, ou seja, a apresentar soluções dentro de seu palco, sem adentrar nas atuações dos demais poderes (CAMPOS, 2015).

Em outras palavras o ativismo judicial é a intensa participação do Poder Judiciante na concretização dos valores constitucionais, contudo ao adotar essa postura ativa acaba por interferir na atuação do Legislativo e Executivo (SILVEIRA, 2016). Por derradeiro, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma opção comportamental exercida pelo magistrado, na interpretação de preceitos normativos e constitucionais (SILVA; NEVES, 2017).

### 2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A “ÚLTIMA PALAVRA”

Neste passo, após apresentar os motivos que corroboraram para a ascensão do Poder Judiciário percebe-se o surgimento de uma concepção constitucional “supremacista”, na qual o Judiciário, na figura da corte suprema monopoliza as decisões e interpretações acerca do texto constitucional e declarando como o detentor da “última palavra”.

[...] “viés juriscêntrico” de ambos, que tende a reduzir a interpretação constitucional à atividade judicial, ou, inversamente, a desconsiderar a interpretação constitucional fora das Cortes. Tal perspectiva se revela, cruamente, através de brocardo que, embora equivocado, é largamente difundido no direito brasileiro: “decisão judicial não se discute, se cumpre”. (BRANDÃO, 2011 p. 235-236)

Constata-se que a Constituição de 1988, conferiu ao Supremo Tribunal Federal, a função de Guardião da Constituição, todavia, não se deve confundir a função de guarda com a ideia de ser o único órgão intérprete da Constituição Federal. Em outras palavras, o texto constitucional não conferiu o monopólio da “última palavra” a Suprema Corte no que diz respeito ao texto constitucional. Outro aspecto relevante é a

apresentação de duas posturas antagônicas da Corte Constitucional, sendo a primeira a “retórica do guardião entrincheirado” quando a Suprema Corte adotou a condição de detentor do direito de interpretar a o texto maior, sem intervenção política e, a postura de “guardião acanhando”, esta postura se denota quando a Corte no momento de interpretação do texto a realiza de forma tímida mesmo quando se trata de proteção ou promoção de direitos (KOZICKI; ARAÚJO, 2015).

Conveniente transcrever as palavras no Ministro Celso de Melo, no julgamento do Agravo de Instrumento 733.387 Distrito Federal:

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra, de que já falava RUI BARBOSA, em discurso parlamentar que proferiu, como Senador da República, em 29 de dezembro de 1914, em resposta ao Senador gaúcho Pinheiro Machado, quando RUI definiu, com precisão, o poder de nossa Suprema Corte em matéria constitucional, dizendo: “(...) Em tôdas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como êrro ou como verdade” (BRASIL, 2008, p. 13-14).

Com essa atitude, é necessário ter em mente que a jurisdição constitucional, de forma especial, exercida pela Suprema Corte, tem o objetivo de preservar a supremacia da Constituição, com isso, pode ser dado um destaque a dimensão essencialmente política de suas decisões. Porém, quando a jurisdição constitucional ultrapassa o interesse da supremacia da Constituição Federal, ergue-se um problema, haja vista que a Suprema Corte se apresenta como órgão ditador da “última palavra” no que diz respeito ao significado da Constituição o que, mais uma vez, indica que a objeção democrática não está ligada ao uso do controle judicial de constitucionalidade como remédio, mas na forma e dosagem na sua utilização (BARREIRO; CRUZ, no prelo)

Todavia, Souza Neto e Sarmiento (2013), apresenta uma ótica distinta acerca do reconhecimento de quem detém a “última palavra” ou qual poder tem a legitimidade de “errar por último”, posto que não se pode atribuir a nenhum poder a última palavra

sobre o sentido da Constituição. Pois trata-se de um texto dinâmico e a todo momento deve ser adequado aos anseios e evolução social.

Ocorre o agravamento deste problema quando há uma caracterização da Justiça como órgão com a mais alta moral da sociedade, com isso, passa a se afastar de qualquer mecanismo de controle social.

Outro ponto abordado pelos teóricos é a necessidade do debate se o Supremo possui a capacidade de ser o único guardião dos interesses constitucionais. Pois conforme já analisado a Suprema Corte brasileira apresenta momentos de instabilidade e por diversas vezes atua de forma acanhada quando se esperava uma manifestação mais enérgica e proativa, com isso percebe-se uma incapacidade do Supremo em proteger de forma exclusiva os interesses e direitos constitucionais (CRUZ; GUIMARÃES, 2016).

Demais disso, tem-se que o Suprema Corte possui uma competência supletiva e com isso ocorre uma singularidade do arranjo institucional, com isso induziu um crescimento desenfreado do Supremo em relação a sua autoridade sobre os demais poderes, uma vez que cada vez mais o Supremo Tribunal Federal se manifesta acerca de questões de grande repercussão política e social (MARONA; ROCHA, 2016).

Ainda nessa análise Katya Kozicki e Eduardo Borges Araújo, descrevem duas facetas dessa atuação ativista da Suprema Corte brasileira, sendo a primeira uma visão positiva, tendo em vista que o Poder Judiciário estaria atendendo e resolvendo demandas dos cidadãos, ante a concepção de que o acesso ao Judiciário seria mais efetivo do que ao parlamento. Já a face negativa, estaria ligada ao desvelamento das dificuldades vivenciadas pelo Poder Legislativo (KOZICKI; ARAÚJO, 2015).

Na verdade, é claro o risco de o Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, cujas decisões são incontestáveis, visto que não há nenhuma garantia, a priori, de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica do que a levada a cabo pelo legislador. Além disto, esta concepção tende a obscurecer o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição, uma vez que a visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, não é salutar na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições. (ARAÚJO, 2013, p. 309-310)

Nesta senda, a mera alegação de que a atuação ativa realizada pelo Supremo se dá pela ineficiência das demais instituições em solucionar temas de grande relevância social ou até mesmo a sua omissão proposital é algo muito perigoso no Estado Democrático de Direito, visto que a ocorrência de intervenções judiciais nos demais poderes poderá acarretar um colapso na Separação dos Poderes, onde se terá uma instituição mais forte que as outras. Nesta vertente, as novas competências assumidas pelo Judiciário precisam estar associadas à imposição de limites e à sujeição de controle, sob risco de legitimação de eventuais abusos e de instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais (ARAÚJO, 2013).

Nesta senda, quando se atribui ao Judiciário a “última palavra” quando se tratar da interpretação do texto constitucional, deve-se observar a capacidade dos juízes com o fim de se constatar que o Tribunal ou Suprema Corte apresenta maior capacidade para realizar a hermenêutica no texto constitucional do que os demais Poderes (BRANDÃO, 2011).

Assim, a jurisprudência constitucional da Suprema Corte tende a ser mais sensível à opinião pública em questões fundamentais para maiorias políticas e para grupos de interesse bem organizados, havendo, portanto, menos espaço nesse âmbito para a Corte dar a última palavra sobre a respectiva controvérsia constitucional, em substituição a interpretação dos poderes políticos. (BRANDÃO, 2015, p. 1489)

Ao reconhecer que o Poder judiciário não é o detentor da “última palavra”, não é reconhecer a falência do constitucionalismo brasileiro, mas, sim constatar que o Poder Judiciário não desempenha uma postura messiânica de Guardião da Constituição, sendo considerada superior às demais instituições, tendo como a principal finalidade de negar que a Suprema Corte é detentora da “última palavra” é cristalizar a existência de uma democracia constitucional. (BRANDÃO, 2015).

Desta forma, o Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais acima da política e da opinião pública, nem um “tigre de papel” que se limita a carimbar preferências de maiorias políticas transitórias ou os resultados da última pesquisa de opinião. A partir dessa premissa pode ser construída uma teoria normativa sobre o papel do controle de constitucionalidade na democracia constitucional brasileira que tenha o mínimo de conexão com a realidade, e que, portanto, tenha aplicabilidade fora dos bancos acadêmicos. (BRANDÃO, 2015, p. 1490)

Assim, vale mencionar que os juízes e membros dos tribunais não são agentes políticos eleitos, com isso, não são agraciados pela empatia popular. E no eixo da sua atuação jurisdicional, ao invalidar atos praticados pelos Poderes Executivos e Legislativo ou até mesmo impor ao órgão uma obrigação de fazer/não fazer, inequivocamente se cria um aspecto político nesta atuação. No decorrer do processo de redemocratização do Brasil essa atuação ativista e muita das vezes entrincheirada é alvo de duras críticas de natureza política, no que diz respeito a legitimidade democrática e de cunho ideológica, que veem no judiciário uma instituição instável e em alguns casos usurpadores das funções de outras instituições (BARROSO, 2010).

Se reagimos a ela dizendo que não há última palavra, mas diálogo permanente entre diferentes instituições políticas que são capazes de responder às decisões umas das outras, aquela objeção deixa de ser tão trágica. Vista a partir desse ângulo, a revisão judicial é apenas um estágio decisório a mais. Essa resposta, todavia, é insatisfatória. Permite-nos, provavelmente, voltar ao problema original com uma percepção mais nuançada do(s) tempo(s) da política e um senso de sua continuidade. (MENDES, 2011, p. 173)

Frente as críticas acerca da atuação do Poder Judiciário, surgem os diálogos constitucionais como uma possível alternativa para tornar as decisões e manifestações do Judiciário, e dando destaque a Suprema Corte, mais democráticas e buscando uma equiparação e solidificando da política de freios e contrapesos. Evitando que uma instituição sobreponha outra e, conseqüentemente, descumprir os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

## 2.4 A TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

“A palavra “diálogo” é expressiva e atrativa para a política, pois denota a ideia de igualdade, respeito e reciprocidade mútuos” (GODOY, 2015, p.150). Com o avanço da soberania do Poder Judiciário em todo mundo, criou um enfoque doutrinário no que diz respeito a abertura ao diálogo no exercício da jurisdição constitucional. O destaque acima apontado deu-se por diversos fatores, de forma especial, mister destacar três grandes condutores: a busca por reequilibrar as forças entre os poderes; buscar um contraponto ao ativismo judicial através do *weak judicial review*; a concretização de direitos fundamentais dando enfoque nos seguimentos minoritários (SILVA, 2012).

“Diálogo, como o concebemos, é uma troca fecunda, é a capacidade de proferir argumentos e responder considerando efetivamente os argumentos da outra parte” (SILVEIRA, 2016, p.194).

O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede da provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos. (SILVA, 2012, p. 92)

Com isso, foi apresentado um contraponto ao modelo do *judicial review* utilizado no ordenamento brasileiro, dando uma maior atenção e redimensionamento ao papel do Poder Judiciário, conseqüentemente apresentada a possibilidade de as instituições democráticas revisarem atos e deliberações promovidas pela hermenêutica constitucional, usando como ponto de partida a discussão das capacidades institucionais delineadas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. O foco do diálogo institucional deixa de ser qual poder ou quem deve interpretar o texto constitucional, e sim a necessidade de se construir de forma uniforme, a partir de uma cooperação dos Poderes, para instrumentalizar as ordens jurídicas e políticas a fim de adequá-las a realidade democrática (SUNSTEIN; VERMEULE *apud* ARAÚJO, 2013).

Na verdade, o debate sobre as Teorias Institucionais, pautado na ideia de que no âmbito das atividades institucionais as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento isolacionista das instituições, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária iniciada principalmente na última década, passa-se a dedicar ao tema das instituições no plano jurídico-político, e, da necessidade de releitura do papel das instituições na atuação constitucional. (ARAÚJO, 2013, p.212)

Ao abraçar esta visão dialógica de mão dupla, seguem-se duas perspectivas sobre o controle judicial de constitucionalidade. Uma primeira, é que ele auxilia na produção de respostas mais duradouras, amplamente aceitas e construídas em conjunto pela sociedade sobre a compreensão constitucional. E a segunda, que ele auxilia no enriquecimento da resolução institucional de casos contenciosos concretos num debate profícuo de sentido com os demais poderes. (SILVEIRA, 2016, p. 164)

Ocorre que a tese dos diálogos apresenta uma forma de repensar a legitimidade exclusiva da Suprema Corte no controle de constitucionalidade e na fiscalização legislativa. O intento da teoria é de que nos casos em que a Corte vislumbrar que o

Poder Legislativo apresenta uma postura institucional mais adequada para decidir a questão controvertida, de formar coerente, o Poder Judiciário chamaria o Parlamento para apresentar a presente lide um remédio para corrigir a possível violação Constitucional (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Em um mundo em que cortes e parlamentos discordariam razoavelmente sobre justiça e, especificamente, sobre a compatibilidade entre lei ordinária e lei suprema, o diálogo talvez seja a maior vantagem do modelo fraco de judicial review. O diálogo permitiria ao Judiciário informar o Legislativo sobre sua interpretação do texto constitucional e, também, autorizaria o Legislativo a responder e agir segundo sua interpretação, mas agora subsidiado pelo Judiciário sobre aspectos constitucionais das suas decisões que lhe faltassem em um primeiro momento. A forma fraca permitiria ao Legislativo a análise constitucional dos seus atos sem que lhe seja retirada a faculdade de reeditá-los caso conclua por sua inadequação ou inconsistência (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 125).

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em *Interpretation and Institutions*, observaram a necessidade de ser constatado no ato da interpretação a capacidade institucional das autoridades, pois a partir das capacidades institucionais será possível determinar qual órgão terá maior aptidão/habilidade para produzir a melhor decisão em um determinado caso concreto (SUNSTEIN; VERMEULE *apud* ARAÚJO, 2013).

Neste passo, o diálogo funcionaria como uma mesa redonda, assim, o controle de constitucionalidade não seria exercido como um veto, mas sim uma resposta consciente da Suprema Corte. Com isso, a manifestação do Poder Judiciário indicando alguma ilegalidade ou violação do texto maior, ocorrerá oportunidade de o Parlamento lidar com tais argumentos e adequar seu texto ou até mesmo, de forma fundamentada, apresentar um contraponto ao decidido pela Corte, desvinculando a ideia de “última palavra” abrindo um novo círculo decisório com ônus argumentativo a todos os Poderes (KOZICKI; ARAÚJO, 2015).

Diante dessa teoria, tem-se que o atual panorama da sociedade brasileira e sua carência de representação, bem como a imaturidade no que diz respeito à vivência constitucional, busca-se uma harmonia entre os poderes, com isso o que se espera do Judiciário no âmbito de sua atuação e um maior diálogo com os demais poderes, fugindo da ideia de um órgão coercitivo (OLIVEIRA; SILVA; AMORIM, 2018).

Esse modelo que se busca ver empregado é o deliberativo e pauta-se pelo motivo, sobretudo, da democracia brasileira não estar sedimentada numa base deliberativa. Por isso mesmo é que a guarda da Constituição coube ao Judiciário, ao STF, porque lá o debate não se esgota facilmente, pelo contrário, se mantém vivo, e suas decisões são públicas e fundamentadas. (OLIVEIRA; SILVA; AMORIM, 2018, p. 5)

Em interessante trabalho publicado na Revista de Sociologia e Política, Marjorie Corrêa Marona e Marta Mendes da Rocha trabalham com a perspectiva das teorias sobre os diálogos constitucionais, retomando primeiramente a discussão das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Trabalhando os conceitos basilares das audiências públicas dentro do regimento interno da Suprema Corte; posteriormente demonstrando que às audiências públicas seriam, dentro do âmbito brasileiro, a ferramenta para se concretizar a teoria dos diálogos, visto que, trata-se de uma abertura da Corte para ouvir a sociedade e demais órgãos (MORANA; ROCHA, 2016).

Contudo, ao analisar a realização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que foi regulamentada pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, não demonstra de formar efetiva a realização de um diálogo da Suprema Corte com os demais Poderes (BRASIL, 2009).

Dado que, há a obrigatoriedade de apenas o Presidente ou ao Relator comparecer à audiência, desonerando os demais ministros. E partindo da audiência realizada pela Corte, para deliberar acerca da inconstitucionalidade do crime de aborto e consequentemente permitir a interrupção voluntária da gravidez, outro aspecto que merece destaque é que a mesa diretora não contava com a presença de nenhum membro dos demais poderes, muito menos a presença de parlamentares no momento da exposição de argumentos (BRASIL, 2018).

Percebe-se que a realização de audiência pública no âmbito da Suprema Corte não coaduna com as virtudes da teoria dos diálogos, de forma especial, a audiência que tinha como pano de fundo a interrupção voluntária da gravidez, pelo simples fato de não se ter representantes dos demais poderes, com ênfase o Poder Legislativo, órgão que em tese representa os anseios sociais.

Passado as deliberações teóricas fazer necessário apresentar a aplicação da teoria em voga. Para tanto, buscará analisar o processo de Constitucionalização do

Canadá. O processo de aplicação dos diálogos iniciou-se com a nova Carta denominada Canadian Charter of Rights and Freedom (“Charter”) de 1982, onde a Corte Canadense passou a exercer de forma mais frequente o controle de constitucionalidade. Com a mudança de panorama a Suprema Corte Canadense passou a ostentar um especial interesse em questões constitucionais. Todavia, este modelo sofreu duras críticas vindas de diferentes quadrantes ideológicos e convicção política (CAMPOS, 2012).

Vala destacar a visão de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a teoria dos diálogos no Canadá:

os canadenses, diferentes dos norte-americanos, não devem temer o ativismo judicial ou a supremacia judicial haja vista a estrutura da Charter permitir que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um diálogo democrático entre cortes e poderes políticos – mecanismos institucionais da Charter fazem com a que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões, na realidade, uma etapa importante, mas não a única nem mesmo a definitiva, de um processo de interpretação constitucional e infraconstitucional que envolve também reações e respostas pelos poderes Executivos e Legislativo e pela própria sociedade (CAMPOS, 2012, p. 126).

Em busca de reequilibrar a balança o legislador canadense introduziu o instrumento que possibilita ao Poder Legislativo ou o Parlamento e manter determinada lei que reputada inconstitucional, o que muitos autores denomina o instrumento como “Promessa Dialógica”. (ESCOSSIA; COURA, 2014).

A grande contribuição ao processo democrático gerado pela “Promessa Dialógica” é determinar a pauta de valores que o Parlamento, o Judiciário e, conseqüentemente, a sociedade reputam como preponderantes”. (ESCOSSIA; COURA, 2014, p. 348).

Noutro giro, vale mencionar que o diálogo, mesmo que de forma acanhada veem sendo aplicado entres os três poderes, e a aplicação desta teoria concretizou-se no sentido de tornar-se mais democráticos os direitos estampados na Constituição Federal. Neste intento, vale mencionar a Lei 11.301/2006, que será analisada no próximo tópico do presente trabalho. Tendo em vista, que ocorreu a concretização dos diálogos, onde o Parlamento inconformado com a interpretação dada pela Corte acerca da aposentadoria especial dos professores, editou uma lei que abrangeu a denominada “função de escola”, permitindo com que os demais funcionários que praticarem funções

escolares possam ser alcançados por estar aposentadoria especial. Ao ser provocado a Suprema Corte entendeu válida a interpretação realizada pelo Poder Legislativo. Com isso, demonstrando a eficácia do Diálogo Constitucional (BRANDÃO, 2015).

Ademais, a teoria dialógica faz com que as decisões que envolvam a Carta Magna sejam enriquecidas de argumentos e em regra duradoura, por ser emanada pelo maior número de instituições e com olhar peculiar de casa uma das instituições, dentro de sua limitação funcional (SILVEIRA, 2016).

## 2.5 ABERTURA PARA OS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS PROFESSORES

A controvérsia travada no que diz respeito a aposentadoria especial aos professores se inicia com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.253-9 Espírito Santo, julgado no ano de 2.000, que determinou que quem poderia solicitar a aposentadoria especial, somente os professores que de fato estavam em sala de aula.

Necessário se faz transcrever os dispositivos relativos a presente matéria. Primeiramente, o § 5º do artigo 40 da Carta Magna, assim redigido:

Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio". (BRASIL, 1988)

Em sequência, a transcrição do § 8º do art. 201 da CF:

Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (BRASIL, 1988)

Vê-se, então, que os dois dispositivos constitucionais instituíram uma disciplina especial de aposentadoria para o professor, tanto no "regime próprio" quanto no regime geral de previdência social. Noutros termos, o problema era saber qual o alcance da norma constitucional, e, depois, estabelecer qual profissional poderia ser agraciado

com a aposentadoria, ou seja, os professores que se deslocam da sala de aula para desempenhar atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico (BRASIL, 2008).

Nesta esteira, a presente controvérsia foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal as funções de magistério, ficando definido que só poderá ser concedida aposentadoria especial para os professores que executam a atividade-fim (ministrar aula), conseqüentemente, excluindo o docente que executa atividade-meio (direção, inspetoria e pedagogia), ainda que privativas de professor (BRASIL, 2000).

Noutro giro, no ano de 2006, o Poder Legislativo no exercício de suas funções reviveu a matéria da aposentadoria especial aos professores e, através de uma postura ativa do Poder Legislativo, fora realizado uma nova interpretação da Carta Magna havendo sido promulgada a Lei n. 11.301/2006. (BRANDÃO, 2015)

O texto legal amplia a possibilidade de ser requisitada a aposentadoria especial, alcançou além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (BRANDÃO, 2015)

Novamente a Suprema Corte foi provocada, tendo em vista que foi manejada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.772-2, onde após um longo debate entre os Ministros, foi decidido pela manutenção da Lei editado pelo poder Legislativo, com isso ampliando o alcance da aposentadoria especial dos professores. Neste passo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, dando um destaque à possibilidade de um outro poder, além do Judiciário interpretar a Lei Maior (BRANDÃO, 2015).

A partir deste cenário, incumbe a tarefa de encontrar o ponto de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões, os tribunais podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes cancelar o advento de um despotismo das majorias, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental (BRASIL, 2015).

Com isso, a definição dada pelo legislador infraconstitucional sobre a função de magistério, função esta que não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrange também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar (BRASIL, 2008).

Portando, ao verificar a atuação atenta do Poder Legislativo em realizar uma interpretação expansiva do texto constitucional e análise do Judiciário e sua consequente aceitação da interpretação realizada, demonstra a fecundação dos diálogos institucionais no âmbito brasileiro.

Assim, a partir da “imposição” do Legislativo e fazendo valer sua interpretação constitucional frente a Suprema Corte, concretizou-se o início dos diálogos interinstitucionais, como forma de aproximação dos poderes e fortalecimento da sua autonomia e resguardar a Democracia, haja vista que o sistema democrático se fortalece através do diálogo e as mudanças sociais, visto que tais alterações devem ser resolvidas de forma harmônica e dialética.

Nesta esteira, percebe-se que a atuação do Parlamento ao realizar uma interpretação extensiva do texto constitucional, abriu uma porta entre os poderes que poderá facilitar a tomada de decisão, de forma especial, os pronunciamentos de grande repercussão social.

De mais a mais, a limitação desta aposentadoria poderia afetar o desenvolvimento dos educandários, visto que os professores não buscariam outros cargos além da sala de aula e, com isso, se perderia grandes profissionais de direção e assessoramento nas escolas.

Neste caminho, mister transcrever o artigo 1º da Lei n. 11. 301/2006 que modificou a redação do artigo 67 de forma especial o seu § 2º, da Lei 9.394/1.996, vejamos:

"Art. 1º - O art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1.996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para o § 1º:

Art. 67 (...)

§ 2º - Para efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimentos de educação básica e seus

diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (BRASIL, 2006)

O projeto de lei apresentado pela deputada Neyde Aparecida tinha em sua premissa a ampliação da definição de magistério para os efeitos do disposto no artigo 40, § 5º e 201, § 8º da Constituição Federal de 1988. A tese mais latente é que não existia no texto legal uma definição clara e objetiva do que é função de magistério, cabendo, assim, a interpretação dos Poderes para adequar a lacuna existente acerca da matéria (BRASIL, 2004)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, no Título VI, ao dispor sobre Profissional da Educação, explicita que todos devem possuir formação docente (art. 67, parágrafo único), sendo a experiência docente condição para o exercício das demais funções de magistério que, depreende-se da leitura do art. 64 da mesma Lei, seriam as desenvolvidas pelos profissionais de educação na atividade de administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional, no âmbito escolar.

Assim, a expressão "funções do magistério" abrange, além da exercida pelos professores e professoras em sala de aula, todas as atividades relacionadas ao magistério que são executadas por profissionais da educação (com experiência docente prévia) no âmbito escolar, a fim de que a função precípua da escola possa ser cumprida na sua integralidade. (BRASIL, 2004, p. 02/03)

Seguindo sua tramitação legal o projeto acima descrito foi para análise da Comissão de Educação e Cultura, onde o eminente relator concluiu pela constitucionalidade do projeto e a sua juridicidade sob o fundamento de que o projeto atende a contento aos preceitos legais da casa por preencher os requisitos de juridicidade e boa técnica (BRASIL, 2005).

Por fim, após toda a tramitação o presente projeto de lei foi votado e ao final concretizado, transformando-se em Lei Ordinária e conseqüentemente ocorrendo a modificação do texto da Lei 9.394 de 1996, ampliando o alcance da expressão "função de magistério". Contudo, a Suprema Corte foi provocada, novamente, a se manifestar sobre a presente matéria por ter o Poder Legislativo, realizando uma interpretação extensiva do texto constitucional, pois a matéria outrora foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale registrar que a Suprema Corte se curvou à interpretação realizada pelo Poder Legislativo, a considerando mais garantidora para o plano social. Conseqüentemente demonstrou que o Poder Legislativo de formar acertou realizou

melhor interpretação do texto maior, assim, constatando a possibilidade de aplicação dos diálogos constitucionais.

### **2.5.1 Revogação da Súmula 726 do Supremo Tribunal Federal**

Inicial, é de curial importância transcrever o teor da Súmula n. 726 do Supremo Tribunal Federal:

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

Todavia, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.772, a Suprema Corte, após uma longa discussão acerca do alcance da expressão “função de magistério”, a composição majoritária do Corte admitiu a constitucionalidade de lei que alterara interpretação constitucional consolidada na sua súmula n. 726. Com isso, passou a se contar o tempo fora da sala de aula, jogando por terra o entendimento da Corte que, por muitos anos, entendeu que a expressão “funções de magistério” era vinculada a atividades exclusivamente docentes, excluídas quaisquer outras mesmo que vinculadas ao ensino. Todavia, a Lei n. 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei n. 9.394/1996, para conceder aposentadoria especial a professores que desempenhassem as funções de diretor de escola e de coordenador e assessor pedagógico (BRANDÃO, 2015).

Convém transcrever a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.772, julgada no Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 4º, E 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimento de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em

educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra. (BRASIL, 2008)

Por ocasião da impugnação da constitucionalidade da norma citada, a Corte Suprema alterou a sua interpretação dos artigos. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal de 1988, onde a função de magistério não está adstrita ao trabalho em sala de aula, sendo algo muito mais complexo com a preparação de aula a direção da escola entre outros papéis dentro da estrutura escolar, com isso fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria (BRANDÃO, 2015).

Vê-se que o STF, ao invés de afirmar a inconstitucionalidade da lei apenas pelo fato de ela ter revertido a sua interpretação constitucional (como o fez no caso do foro por prerrogativa de função), aproveitou o ensejo da nova lei para reinterpretar os arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da CF/1988, tendo concordado parcialmente com o legislador. Com efeito, a Corte abandonou a tese que restringia o alcance da expressão “funções de magistério” a atividades estritamente docentes, para abranger as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico desempenhadas por professor. (BRANDÃO, 2015, p. 1471/1472)

A postura do Presidente do Congresso Nacional onde sustentou a constitucionalidade da Lei, sob o fundamento de que a expressão "funções do magistério", utilizada pela Carta Magna, seria uma referência ao professor e a outros profissionais do ensino. Nesse sentido, faz-se surgir o argumento de que, se o legislador constitucional desejasse considerar, para fins de aposentadoria especial, apenas e unicamente a atividade de ministrar aulas em sala, então não haveria sentido em utilizar o plural nos artigos que tratam sobre a aposentadoria especial. (BRASIL, 2008)

O rompimento com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a expansão da definição de “função de magistério” pode, em um primeiro momento, parecer uma afronta do Poder Legislativo a autoridade da Suprema Corte. Todavia, o que ocorreu no presente caso foi uma interpretação extensiva do texto constitucional realizada pelo Parlamento, demonstrando a possibilidade de se aplicar a teoria dos diálogos na estrutura do Estado brasileiro.

### 2.5.2 Concretização dos diálogos na jurisdição brasileira

No que diz respeito a ideia de ser a Suprema Corte detentor da “última palavra”, o caso em análise desmistifica tal afirmação, pois nitidamente se constata a metáfora apresentada pelo escritor Ronald Dworkin, intitulada de *Romance em Cadeia*. Nesse sentido, a atividade do intérprete constitucional se equivale à união de diversos romancistas com a finalidade de escrever um livro, cada um dentro da sua atuação escreve um capítulo da história. Isto também é a realização da interpretação do texto constitucional, e a atividade do último romancista é sempre a de interpretar os argumentos dos antecessores e pelo livre convencimento escrever a continuidade do texto, de forma coerente, com consistência narrativa. A presente alusão demonstra que não há detentor da “última palavra”, mas sim a união de diversos autores e cada um dentro da sua atribuição escreve um capítulo acerca do texto constitucional (DWORKIN *apud* OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011).

Urge salientar que no contexto do diálogo, onde ocorre a busca através da instituição mais consciente e hábil a proferir a decisão adequada ao caso, não pode o controle de constitucionalidade ser exercido como uma forma de veto aos demais Poderes. E no prisma da organização dos Poderes no Brasil, inicialmente se faz necessário negar que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra sobre o significado do texto constitucional. Mas sim o início de um diálogo, tendo em vista que os argumentos trazidos pela Suprema Corte, de modo especial, podem ajudar o Parlamento em solucionar futuras divergências sobre o sentido do texto constitucional como o Legislativo pode auxiliar o Poder Judiciário a decidir acerca de matéria de repercussão, neste contexto Corte e Congresso possuiriam a legitimidade para serem protagonistas na mesma história, desde que engajados no diálogo e no convencimento (KOZICKI; ARAÚJO, 2015).

Latente é a ideia de se concretizar os diálogos, corroborando com a tese de que não há uma última palavra em matéria de controvérsias em torno de direitos fundamentais, sendo assim, necessários mecanismos que fomentem o diálogo entre os Poderes do Estado, e destes com a sociedade, justamente para evitar a ideia de ausência de representação. A reação, embora ruim para os direitos, visto que a solução

poderá ser demorada, é salutar para a sociedade, na medida em que pressupõe cidadãos ativos e responsáveis, em um movimento social que vai fortalecer a democracia e a própria Constituição. (ZAGUSKI, 2017)

Ainda sobre o tema, é necessário frisar que a crítica sobre a supremacia judicial não significa ser automaticamente estar a favor do Legislativo, ou tampouco encará-lo como a melhor expressão da vontade popular. O que se busca é elucidar que a supremacia judicial se tornou uma barreira entre as instituições, e com isso a perda de certos limites do Direito, da sua atuação jurisdicional, e, assim, melhorar justamente o desempenho do papel dos Poderes em cumprir as promessas constitucionais, bem como exigir o mesmo dos demais envolvidos (ARAÚJO, 2013).

Nessa senda, as teorias dialógicas buscam enfatizar que o Poder Judiciário não deve ter o monopólio da interpretação constitucional e, com isso gerar uma integração entre os poderes, sabendo-se que terá uma jurisprudência sobre o tema em análise de forma democrática.

Com isso, percebe-se que a atuação conjunta entre Legislativo e Judiciário tornou a decisão final mais garantidora, tendo em vista que a Suprema Corte ouviu e acatou o posicionamento do Parlamento, pois para desfrutar do direito à aposentadoria especial, o professor não poderia exercer senão funções de magistério, jamais as de direção de unidade escolar e/ou de coordenação e assessoramento pedagógico (BRANDÃO, 2015).

Portanto, as teorias dialógicas buscam anular qualquer tipo de competição ou conflito pela última palavra, mas sim um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre as instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais (MENDES, 2008).

### 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme já demonstrado em diversas oportunidades, o intento do presente estudo não diz respeito a oferecer respostas concretas e fechadas acerca da teoria dos diálogos como teoria mais adequada para se concretizar os intentos democráticos, afinal, como visto, trata-se de uma teoria nova e que está em diversos países em processo de implementação, mas, sim busca demonstrar que seria uma saída para controlar a ascensão do Poder Judiciário, bem como agregar suas discussões e maior legitimidade, por ser algo criado através do diálogo.

O processo de ascensão se iniciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde foi criado no Brasil um novo panorama estatal, em que o Texto Maior passa a dar mais espaço para que o Judicial se manifeste acerca de matérias de cunho social. E diferentemente de distintas Constituições, a de 1988 muda todo o panorama social e estrutural do Brasil, tendo em vista que abarca no seu texto direitos e garantias fundamentais, passando a ser a norma dirigente em quase todos os aspectos.

Tendo em vista o surgimento de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, é certo que o Supremo Tribunal Federal consagrou-se como “guardião” do seu texto, bem como responsável para realizar o controle vertical. Assim, o Supremo passa a controlar as normas infraconstitucionais primárias, fazendo surgir então uma observância ao texto expresso na Constituição para a criação de normas infraconstitucionais e a necessidade de se concretizar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais conferidas aos cidadãos através de políticas públicas.

Com o surgimento de um novo constitucionalismo, criou-se um fenômeno denominado a ascensão mundial do Poder Judiciário, sob a ótica da jurisdição constitucional. No Brasil, o referido fenômeno surgiu com a possibilidade de realizar o controle judicial de constitucionalidade, inicialmente surgindo-se de maneira tímida, juntamente com o Texto Maior de 1988, haja vista que, com o tempo, veio conquistando espaço até criar determinada estrutura definida.

Após firmar suas raízes no que diz respeito ao Controle de Constitucionalidade, o Poder Judiciário passou a se auto intitular órgão jurisdicional capaz de “dizer o direito”,

até mesmo intervir/concretizar políticas públicas, bem como “dizer o direito”, de forma especial quando os demais poderes se omitirem acerca da matéria.

Nesta senda, o Poder Judiciário passou a intervir nos aspectos sócias, de forma especial, na aplicação de políticas públicas e sua concretização. Devido a esta postura do órgão judicante, surge o ativismo judicial, de maneira pela qual juízes e cortes passam a ter uma performance mais ativa acerca da temática direitos e garantias fundamentais, em algumas situações intervindo na competência dos demais Poderes.

Mesmo que possa ocorrer o controle político, exercício pelos Poderes Legislativo e Executivo, a discussão mais acentuada se localiza no controle judicial e o seu protagonismo judicial na contemporaneidade decorre do aumento das funções da Corte. Nesse sentido, existem dois fatores que corroboram pela ascensão do judiciário, sendo o primeiro o fenômeno da judicialização da política, onde se constata a remoção de decisão dos poderes Executivo e Legislativo delegando ao Poder Judiciário, o qual passa, normalmente dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Já o segundo está ligado à Supremacia Judicial, a qual encontra-se vinculada com a desestrutura das demais instituições e a falta de representatividade frente à sociedade.

Com isso, o Poder Judicante passa a ter mais força frente aos demais poderes, além de assumir uma postura entrincheirada, passando, assim, a ditar os caminhos políticos e sociais que o Brasil deveria tomar. Todos os atos praticados pelo Poder Judiciário, de forma especial a Suprema Corte, se fundamenta pela eleição do Legislador Constituinte as Corte como “guardião” do texto constitucional, conforme determinação expressa do artigo 102 da Lei Maior (BRASIL, 1988). Neste aspecto percebe-se que essa justificativa do Poder Judiciário faz a cada dia surgir uma lacuna entre os poderes criando um desequilíbrio na política de freios e contrapeso.

Frente aos argumentos expostos e a constante fala as Suprema Corte de ser o detentor da “última palavra”, é necessário sublinhar que a Constituição determinou que o Supremo Tribunal Federal seria o guardião da Constituição, o que poderia apresentar que a Lei maior conferiu maior poder ao Judiciário em detrimento dos demais Poderes, no que diz respeito ao controle constitucionalidade. Contudo, tal ideia não encontra embasamento, tendo em vista que a Constituição conferiu aos três poderes funções

típicas, além de criar um modelo constitucional onde os Poderes podem se fiscalizar dentro da legalidade.

Todavia, qual seria a finalidade de se discutir qual poder é o detentor da “última palavra”? Ou quem tem a soberania sobre o outro? Ou, até mesmo, quem detém o direito de “errar por último”? Não há razão em um Estado Democrático de Direito ter discussões deste cunho, visto que a democracia desde seus primórdios foi pautada pela existência de diálogos com a finalidade de se alcançar o bem comum. A pergunta que deveria ser feita é: como o Poder Judiciário, de forma especial a Suprema Corte, pode interagir com os demais poderes, com a finalidade de concretizar os princípios do Estado Democrático de Direito? Buscou-se a partir da teoria dos diálogos responder o presente questionamento.

A teoria dos diálogos veio como forma de frear a ascensão do judiciário, não se tratando de uma teoria que busca retirar do Poder Judiciário a legitimidade de realizar a interpretação do Texto Maior, mas sim a necessidade de integração com os demais Poderes, posto que a necessidade de se ter um diálogo entre poderes é latente no Estado Democrático de Direito.

De mais a mais, o Texto Maior determina que o poder deve emanar do povo, de modo que, o responsável pela concretização da vontade social, em regra, é os Poderes Legislativos e Executivos, assim, não seria coerente excluir tais Poderes no ato de se interpretar o texto constitucional.

Para melhor elucidar a teoria do diálogo constitucional, o presente trabalho buscou estudar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3.772-2, em que o Poder Judiciário, após uma densa discussão, reconheceu a constitucionalidade da Lei 11.301/2006. A presente lei confeccionada contraria claramente a Súmula da Suprema Corte, contudo, os Ministros do Supremo reconheceram a possibilidade de o Parlamento realizar a referida interpretação do texto constitucional.

Sobre o tema acima, é de curial importância destacar que a matéria já havia sido discutida no plenário da Suprema Corte, todavia, o Poder Legislativo em uma postura ativa, confeccionou lei contrária os dizeres da Corte, e após realizar nova análise sobre a matéria, a Corte entendeu que a interpretação realizada pelo Parlamento era válida e de acordo com dos ditames do texto Constitucional. Então como dizer que existe o

detentor da “última palavra” ou segundo dizeres do Ministro Celso de Mello o direito de “errar por último”? Visto que até a Suprema Corte reviu seu ato e, conseqüentemente, modificou o entendimento que estava sedimentado. Tal julgamento só demonstra que o texto Constitucional é dinâmico e estará em constante mudança.

Portanto, no Estado Democrático de Direito não seria aceitável colocar em um único órgão o poder de decidir o sentido constitucional.

## 4 CONCLUSÃO

A ideia central do presente trabalho foi apresentar um contraponto ao atual controle judicial, visto que de especial forma, a postura institucional ocupada pelo Supremo Tribunal Federal, vem a cada dia limitando a atuação do Congresso Nacional no que diz respeito a interpretação constitucional e buscando através dos seus aparatos técnicos decidir de forma autônoma. E o contraponto apresentado foi a teoria do diálogo constitucional, buscando combater a supremocracia existente no cenário social brasileiro.

Neste passo, foi apresentado que com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 que trouxe em seu bojo diversas garantias e direitos fundamentais criou-se o fenômeno da ascensão do Poder Judiciário, e deste fenômeno surgiu o ativismo judicial, temática este que está latente nos bacos acadêmicos. Discorrendo, ainda, sobre a postura da Suprema Corte que tomou para si o monopólio da interpretação constitucional e conseqüentemente se proclamou detentor da “última palavra” no que diz respeito ao Texto Maior.

Todas as ilações foram apresentadas para, em ordem derradeira, responder como juízes e cortes poderiam interagir com os demais poderes na construção e concretização dos direitos estampados na Constituição Federal de 1988, bem como desconstruir a ideia de um dos poderes deter o monopólio da “última palavra” e sim um constante diálogo, e ao final se ter uma decisão provisória do sentido do texto constitucional.

O tema em voga surgiu a partir de uma ideia de demonstrar uma faceta do Poder Judiciária, além de demonstrar que os demais poderes têm legitimidade de interpretar e aplicar o texto constitucional. Com isso, ratificar os preceitos de uma democracia, visto que o Direito é para os homens e não para o Estado e suas instituições, pois a Constituição Federal de 1988 agraciou aos cidadãos direitos e garantias fundamentais e função do Estado aplicar tais direitos e garantias, com isso, sendo função de todos os órgãos do Estado concretizar os preceitos constitucionais.

Não obstante, os argumentos apresentados pelos defensores da “última palavra” que alega que os mecanismos constitucionais, foram voltados para determinar o Poder

Judiciário como “guardião” do texto constitucional. Vislumbra-se a partir deste trabalho que, a Constituição de 1988 foi fundada sob a ótica do diálogo, viabilizando, assim, a concretização dos diálogos interinstitucionais.

Vale ainda ser mencionado que a aposentadoria do magistério já havia sido discutida em plenário e em um primeiro momento restringida apenas aos professores que estavam em sala de aula, sendo o entendimento sumulado pela Suprema Corte. Frente a isso o Parlamento confeccionou norma contrária à presente sumula e ampliando a expressão “função de magistério, de forma que a matéria chegou novamente à Suprema Corte, palco este que deu legitimidade a interpretação do Poder Legislativo.

Com isso, conclui-se que do presente trabalho que não existe detentor da “última palavra”, mas sim um diálogo constante acerca do texto constitucional, bem como uma dinâmica do Texto Maior com a sociedade. E por ser a Constituição Federal voltada para o povo, não tem a possibilidade de engessar a sua interpretação em um único órgão, visto que, a tripartição de poderes foi criada para se dar autônima aos três poderes, todavia, respeito a política de freios e contrapesos.

Por fim, em resposta à pergunta que incitou o presente trabalho, conclui-se que as decisões constitucionais ou de grandes repercussões sociais, só serão democráticas quando forem fundadas a partir dos diálogos interinstitucionais.

Contudo, mesmo com a presente conclusão, tem-se que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, carecem de uma harmonia que no atual momento está muito distante de ser alcançada, pois os agentes que integram os respectivos poderes não estão abertos ao diálogo, bem como a falta de estrutura técnica.

Nesta senda, propõe-se a análise do ponto de vista estrutural das instituições e seu real interesse em concretizar a teoria do diálogo constitucional, isto porque teoricamente, a Constituição de 1988 preza pelo diálogo e, na prática, mesmo que de forma acanhada, ocorre o diálogo, tratando-se agora de os agentes aceitarem dialogar entre si.

## REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo** (PEC 33/2011). OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 6, vol. 1, mai./2013.

ARAUJO, André Carias. **Diálogos institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática**. 2017, 156 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

ARAÚJO, Luís Cláudio Martins. **Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional**. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XII, n. 38, p. 290-302, out./dez. 2013.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **“Última Palavra” e Diálogos Constitucionais: uma possível leitura das reclamações constitucionais na jurisdição constitucional brasileira**. No prelo

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV ed., 2017, p. 25-77.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010, p. 5 a 43.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario iberoamericano de justicia constitucional**. Madrid, Taravilla, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Diálogos Constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, Ano 1 (2015), nº 4, 1443-1490.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4671/2004**. Autora Neyde Aparecida PT/GO. Disponível em: <

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C10D795A9D295B4653D84AAFE115D946.proposicoesWebExterno2?codteor=259139&filename=PL+4671/2004](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C10D795A9D295B4653D84AAFE115D946.proposicoesWebExterno2?codteor=259139&filename=PL+4671/2004)>. Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direito de Inconstitucionalidade 3.722** – Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>>. Acesso em: 17 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: Interrupção voluntária da gravidez ADPF 442**. Realizada em agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>>. Acesso em: 17 de set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL029-2009.PDF>>. Acesso em: 17 de set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.301, de 10 de maio de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11301.htm)>. Acesso em: 18 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.772/DF. Requerente: Procurador-Geral da República**. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Brito. Brasília. Acórdão de 29 out. 2008. Jurisprudência do STF. DJ 27 mar, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033>>. Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento, n. 733.387/DF**. Agravante: Walter Correia de Brito Neto. Agravado: DEMOCRATAS - DEM. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Acórdão de 16 dez. 2008. Jurisprudência do STF. DJ 01 de fev, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3371858>>. Acesso em: 19 set. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. **Supremo Tribunal Federal: entre a Última Palavra a Diálogos Interinstitucionais ou entre a Autonomia a Alteridade**. Repats: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, v. 3, n. 2, p.545-599, jul./dez. 2016.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos; COURA, Alexandre de Castro. **Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra sobre a constituição**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 6(3):336-350, out-dez 2014

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015, 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo**. Sequência, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, dez., 2015.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008, f. 219. Tese (Doutorado Ciências Políticas) – Universidade de São Paulo, 2008.

MORONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes. **Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**. Revista de Sociologia e Política: Rev. Sociol. Polit., v. 25, n. 62, p. 131-156, jun. 2017.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. **Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

OLIVEIRA, Jadson Correia; SILVA, Ivan Luiz; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **As Audiências Públicas no STF: a adoção de um modelo cooperativo de controle de constitucionalidade das normas**. Sequência (Florianópolis), n. 78, p. 175-198, abr. 2018.

PAIM, Maria Júlia Pinheiro. **Do Protagonismo Judicial à Abertura Dialógica> a provisoriedade da “última palavra”**. Revista VirtuaJus, Belo Horizonte, v.13 - n.1, p.190-211– 1º sem. 2017.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07\\_252.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf)>. Acesso em: 16 set 2019.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011, 457 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. **Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**. Revista de informações legislativa: RLV, v.54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. **Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 54, n. 215, p. 97-115, 2017.

SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo** / Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares, Vanice Regina Lírio do Valle/ 1ª ed. (2010), 2ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. 2016, 486 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Brasília, Brasília, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.253-9/ES**. Requerente: Governador do Espírito Santo. Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 14 set. 2000. Jurisprudência do STF. DJ 26 out., 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347501>>. Acesso em: 19 set. 2019.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul-dez. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. **Backlash: Uma Reflexão Sobre Deliberação Judicial Em Casos Polêmicos**. Repats: Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2017.