XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-355-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irredutível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teorética, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teoréticos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

BREVE ANÁLISE DO RECORRENTE FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO CENÁRIO DE UM ESTADO QUE SE PRETENDE DEMOCRÁTICO DE DIREITO

BREVE ANÁLISIS DEL RECURRENTE FENÓMENO DE LA DIRECCIÓN DE LA LUZ JUDICIAL ESCENARIO DE UN ESTADO QUE SI QUIERE HACER DEMOCRATICO

Michele Rocha Cortes Hazar [1]
Raquel Carvalho Menezes De Castro [2]

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo destacar a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase à vertente do ativismo judicial. Serão apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à referida temática, destacando-se que este estudo opta pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideias constitucionais vigentes. A pesquisa concluiu a análise demonstrando, de maneira breve, a existência de teorias que apresentam alternativas à atividade arbitraria exercida pelo judiciário, mais condizentes com um Estado que se pretende democrático de direito.

Palavras-chave: Tripartição de poderes, Estado democrático de direito, Protagonismo judicial, Supremo tribunal federal, Democraticidade das decisões

Abstract/Resumen/Résumé

Esta investigación tiene como objetivo poner en evidencia el fenómeno recurrente de la función judicial en el escenario legal del constitucionalismo brasileño, enfatizando el aspecto de activismo judicial. Se presentarán argumentos a favor y en contra de esta práctica, haciendo hincapié en que este estudio se decanta por el argumento de que el activismo judicial es perjudicial para los ideales constitucionales existentes. La investigación concluyó, en pocas palabras, la existencia de teorías que presentan alternativas a la actividad arbitraria ejercida por el poder judicial, más coherente con un Estado que pretende ser democrático.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: División tripartita de poderes, Estado democrático de derecho, Funciones jurisdiccionales, Tribunal supremo federal, Las decisiones democráticas

---

[1] Mestranda em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Especialista em Direito Público pela PUC MINAS. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogada

[2] Mestranda em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Professora de Direito Tributário. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada após conturbado contexto presidencial autoritário, instaurado pelo diploma constitucional de 1967, de repressão de quaisquer ideais eminentemente democráticos, supressão de direitos, expansão e valorização das atribuições do poder executivo em detrimento das atividades do poder legislativo e judiciário, que restaram subjugadas (JUNIOR; LIMA, 2013, p. 29). Com o intuito de (re) implantar a democracia, os direitos e garantias fundamentais, a tentativa de se reestruturar de maneira dinâmica e mais equilibrada as atribuições estatais, a constituinte de 1988 contempla em seu texto a teoria da tripartição de poderes (que atualmente deve ser observada de maneira reestruturada quando comparada com a teoria clássica de Montesquieu), o corolário de um Estado Democrático de Direito, amplo rol de direitos e deveres, individuais, sociais e políticos, dentre várias outras disposições relevantes.

Diante desse cenário de ampla normatização constitucional dos direitos, fortalecimento e dilatação das atribuições das instituições, principalmente a do poder judiciário, e sob o argumento, segundo determinados autores, que serão mencionados oportunamente, de que o ordenamento jurídico não evolui com o mesmo dinamismo dos fenômenos sociais, da cômoda e atual inércia do poder legislativo e da falta de estruturação do poder executivo, no que diz respeito a garantia e efetivação dos direitos previstos expressamente no ordenamento pátrio, verifica-se que a sociedade deposita sua crença nos julgadores, vislumbrando-os como os únicos capazes de solucionar de maneira prudente e adequada suas demandas.

Ante essa fé, por sua vez, o poder judiciário toma para si, cada vez mais, a adjetivação de defensor e efetivador de direitos, assumindo uma postura superegoica[1] diante de uma sociedade órfã que necessita sempre da autoridade satisfazer suas necessidades. Destaca-se que tal prática pode ser notada de maneira mais expressiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem ignorar sua ocorrência nas demais instâncias do poder judiciário.

[1] MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, 2000.

O protagonismo judicial, sob a égide da vigente atuação proativa do poder judiciário, ao argumento da defesa e garantia dos direitos dispostos no sistema normativo pátrio, é tido como fenômeno cada vez mais recorrente, não só no Brasil como no mundo, e gera várias repercussões doutrinárias, tanto no âmbito da ciência política, quanto no âmbito jurídico. Se perfaz relevante mencionar que tal prática destaca-se como gênero apresentando-se sob duas espécies distintas, sendo elas o ativismo judicial e a judicialização da política, como elucida Amandino Teixeira Nunes Júnior: "Ao tratar do ativismo judicial, cabe distingui-lo de outro parâmetro ligado ao protagonismo do Judiciário, qual seja, a judicialização da política." (JUNIOR, 2014, p. 111).

O presente trabalho apresenta como problema a temática do protagonismo judicial sob a ótica do modelo constitucional brasileiro, abordando a polêmica atuação proativa do poder judiciário, principalmente no que diz respeito a vertente do ativismo, investigando sua expressão sob a ótica do corolário de Estado Democrático de Direito, que por sua vez, expressamente fixado pela Constituição Federal, tenta insurgir sem muito sucesso, tendo-se em vista que inúmeras normas do ordenamento pátrio estão envolvidas pelos paradigmas do Estado Social e do Estado Liberal.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade de verificar se tal atuação proativa do judiciário coaduna, ou não, com o que dispõe ordenamento jurídico brasileiro, e investigar quais limites devem ser impostos a esta função estatal no exercício de suas atribuições à luz do projeto constitucional de um Estado Democrático de Direito.

A produção do trabalho desenvolvido foi embasada no modelo argumentativo[2], já o tipo de raciocínio escolhido para análise do material foi o indutivo-dedutivo[3]. O trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica nacional e internacional, exame de dados, análise da legislação pertinente, bem como a observância de alguns julgados sobre a temática no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2 RELEITURA DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES A LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

[2] GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 12.
[3] GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22-23

Em breve análise é possível notar que a teoria da separação dos poderes foi incialmente esboçada por Platão, ganhando vertente tripartite a partir de Aristóteles, em obra intitulada Política[4], na qual admitia a distribuição do poder soberano em três esferas individualizadas, às quais cabiam as decisões estatais. Posteriormente o pensamento foi reorganizado pela exposição de John Locke até ser tratada por Charles de Montesquieu, em sua obra[5], e tornar-se conhecida como a teoria clássica da tripartição dos poderes, como explica Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009).

Ainda de acordo com o autor supra mencionado, a teoria clássica da tripartição de poderes foi pensada por Montesquieu com o objetivo de instituir a limitação do poder pelo próprio poder, sendo portanto, divididas em três as funções do Estado, evitando a centralização e a arbitrariedade. Posteriormente tal teoria sofreu a incorporação do conceito de freios e contrapesos, conhecido como *checks and balances*, determinando que cada função estatal deve exercer controle sobre a outra, com o intuito de que a autoridade de cada uma delas fosse vigiada, nesse sentido explica Paulo Fernando Silveira, citando Jonathan Rose:

> Debaixo do princípio da separação, esclarece Jonathan Rose cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer *checksonandto balances* as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Desse modo, os três ramos do governo são separados e distintos um do outro. Os poderes dados a cada um são delicadamente controlado pelo poder dos outros dois. (SILVEIRA, 1999, p. 99-100)

Ao se vislumbrar o ordenamento brasileiro observa-se a exposição da teoria supramencionada, incorporada ao conceito dos freios e contrapesos, no texto art. 2º do da Constituição Federal de 1988[6], que divide as poderes/funções estatais em legislativo, executivo e judiciário,

Entretanto, diante do cenário político-jurídico vigente, e da alusão constitucional ao modelo de Estado Democrático de Direito, é necessário que tais noções sofram

---

[4] ARISTÓTELES. Política. Tradução: Pedro Constantin Tolens.5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
[5] Montesquieu tratou da estrutura da separação de poderes em sua obra O espírito da Lei, originalmente intitulada *L'esprit des lois* datada de 1748.
[6] Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

adequadas releituras para se moldarem a tal contexto, tendo-se em vista que na visão filosófica clássica, admite-se, de certo modo, a preponderância de uma função estatal sobre a outra, como por exemplo, a valorização do executivo e do legislativo em detrimento do poder judiciário, como elucida Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009, p.11).

Nesta toada, de acordo com a leitura do texto de Juliano Zaiden Benvindo (2014) é possível destacar que um Estado apenas pode se pretender democrático quando nenhuma de suas instituições detiver, de maneira substancial, o poder concentrado no exercício de suas atribuições, em detrimento da participação das demais.

3 PROTAGONISMO JUDICIAL E SUAS VERTENTES

Hodiernamente, considerando o contexto mencionado anteriormente, bem como a crise de representatividade e de coalização governamental[7], observa-se, sob a ótica de alguns autores, argumentos com o intuito de explicar a expansão da atividade jurisdicional arbitrária, como por exemplo, a oportuna inércia e o comodismo do legislativo, conforme aduz Luís Roberto Barroso (2012), o que faz com que a população deposite, de maneira acentuada, sua fé na atividade jurisdicional.

Deste modo, vislumbra-se, que o judiciário toma para si a atribuição de efetivador de direitos e garantias, embasados da manifestação de sua autoridade e sob o argumento, leviano, por ausência de expressa previsão normativa, de ser o guardião dos ditames constitucionais.

O protagonismo judicial é fenômeno recorrente no Brasil e no mundo, o que desperta argumentos favoráveis e desfavoráveis tanto no âmbito da doutrina jurídica quanto na doutrina da ciência política. Sem desconsiderar a relevância do fenômeno em caráter mundial o presente trabalho se atentará para os aspectos nacionais da referida temática, especialmente destacando-o no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

---

[7] Sobre coalizão governamental recomenda-se: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988.

No que tange recorrência da atuação proativa do poder judiciário é possível vislumbrar argumentos favoráveis a tal prática. Para Robert Alexy, em consonância com a citação de Juliano Zaiden Benvindo (2014), uma corte constitucional, quando no exercício de sua argumentação representativa, deve ser a fornecedora da última palavra, com o intuito de proteger os indivíduos dos arbítrios de seus representantes políticos. Tal manifestação se associada ao ordenamento brasileiro, atribui ao Supremo Tribunal Federal a determinação dessa última palavra, da decisão mais coerente para os problemas individuais e coletivos da população.

O conceito apresentado por Alexy merece, data vênia, observações críticas como por exemplo: se é o judiciário quem terá a palavra final, com o intuito de proteger os indivíduos dos excessos maliciosos de seus representantes, quem protegerá essas mesmas pessoas em face de arbítrios manifestados através das decisões judiciais? Em um Estado que se pretende consolidar como democrático é possível a concentração do poder em face de uma única instituição, ademais sendo ela contramajoritária?

A resposta a esses questionamentos gera impasses doutrinários, mas é relevante considerar os argumentos de Juliano Zainden Benvindo (2014), já mencionado, quando esclarece que em uma democracia não se pode atribuir a decisão final a nenhuma instituição de maneira individualizada, seja ao judiciário, ao legislativo ou ao executivo, sob pena de se estabelecer uma ditadura institucionalizada (grifo nosso).

De acordo com o que aduz Amandino Teixeira Nunes Júnior (2014) o protagonismo judicial é gênero, do qual podem ser extraídas duas espécies que não se confundem, o ativismo judicial e a judicialização da política. O mesmo autor ao fazer a diferenciação de ambos os institutos determina:

> No contexto da judicialização da política, exsurge um conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do Judiciário: o de ativismo judicial, que expressa um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação, invadindo a esfera de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, além de contornar o processo político majoritário. [...] Apesar de muito próximos, os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial não se confundem. O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, escolha ou comportamento dos magistrados e dos tribunais no sentido de revisar temas e questões, prima facie, de competência de outros poderes. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuida de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que propiciam a

> transferência de decisões do Executivo e do Legislativo para o Judiciário [...]. (NUNES JÚNIOR, 2011, p 03).

Ao interpretar a doutrina de Luís Roberto Barroso também é possível mencionar que se perfaz a consideração do ativismo e a judicialização da política como espécies do gênero protagonismo judicial, destacando-se que os conceitos não se confundem.

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, p. 6).

No que diz respeito a conceituação referente ao ativismo judicial exposta anteriormente por Amandino Teixeira Nunes Júnior (2011) e Luís Roberto Barroso (quando da sua produção acadêmica antes da ocupação do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal), é possível observar que a ocorrência de tal fenômeno não se conforma com os princípios dispostos no ordenamento constitucional pátrio, como por exemplo o corolário da tripartição dos poderes, alijando, sobremaneira, os ideais democráticos incipientes, que o Brasil tenta consolidar.

Embora a judicialização das políticas públicas seja uma vertente extremamente passível de sérias críticas, abarcadas inclusive pela doutrina, a presente pesquisa se atentará apenas aos impactos da vertente ativista, principalmente no que diz respeito a atuação do Supremo Tribunal Federal.

4 JULGADOS QUE DEMONSTRAM A POSTURA ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já exposto anteriormente, a postura invasiva e proativa do Supremo Tribunal Federal é recorrente no cenário brasileiro, sendo tal argumento comprovado quando da análise total ou parcial de decisões exaradas pelos ministros componentes da referida corte.

Nesse contexto, ao examinar o Mandado de Segurança n° 32033/DF, de 24 de abril de 2013, que diz respeito ao projeto de lei n° 4.470 de 2012, referente a novas regras partidárias, que já havia sido aprovado na Câmara dos Deputados e corria no Senado Federal, resta evidente o arbítrio do judiciário, no que tange a falta de fundamentação devidamente jurídica da decisão.

Sobre o julgado supra citado é relevante destacar a manifestação arbitrária do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes. O referido julgador decide pela inconstitucionalidade, no que diz respeito a aprovação projeto de lei em questão, acusando pode legislativo de agir casuisticamente e de maneira extremamente célere, deixando a deriva a adequada reflexão sobre a matéria.

Nota-se que os argumentos exaltados pelo ministro são frágeis e inadequados no que diz respeito a análise da constitucionalidade do projeto de lei em destaque. Citando Virgílio Afonso da Silva, Juliano Z. Benvindo (2014) aponta a seguinte indignação,

> Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo 'devido processo legislativo', sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. (Apud SILVA, p. 74, 2014)

Diante da fundamentação utilizada pelo ministro verifica-se de maneira expressa a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, que invade cada vez mais, de forma arbitrária, as atribuições das demais funções estatais, embasada na autoridade e criatividade de seus julgadores.

Outra análise que merece atenção é a que se refere ao julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n° 3.999 de 2008 e n°4.086 de 2008, (que correram em

apenso), de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, coerente com o que foi abordado nos Mandados de Segurança n° 26.602, 26.603, 26.604, demonstrando o consentimento do Supremo Tribunal Federal com o que dispõe à Resolução 22.610 de 2007, no que diz respeito a manifesta postura ativista do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

No contexto do ordenamento jurídico em matéria eleitora, é importante destacar que o ordenamento jurídico pátrio concede ao Tribunal Superior Eleitoral o exercício de poder normativo, devido as peculiaridades da matéria, porém, tal poder não é concedido de forma ilimitada, como se pode observar, por exemplo, pela redação do 105 da Lei 9.504/97[8], que confere tal poder ao Tribunal Superior Eleitoral, desde que o tribunal não restrinja direitos ou crie sanções.

Em suma, a Resolução 22.610, já mencionada, cria nova hipótese de perda de mandato eletivo, fundamentada na infidelidade partidária, inovando o dispositivo constitucional sobre a temática. Destaca-se que as hipóteses para imposição de tal sanção estão taxativamente dispostas no art. 55[9] da Constituição Federal de 1988, sendo inaceitável que outras sejam criadas, a não ser pela atividade típica do próprio poder legislativo. Nesta toada, nota-se, a postura ativista, do Tribunal Superior Eleitoral, confirmada, equivocadamente pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade já destacadas.

Finalmente, última decisão a ser exposta nesta pesquisa refere-se ao mais recente abuso cometido pelo poder judiciário. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 de 2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, a presunção de inocência, prevista no texto magno como direito fundamental, conforme dispõe no art. 5º, LVII[10], foi vilipendiada, reinterpretada de maneira incompatível com todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme aponta Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt (2016).

---

[8] Art. 105. Até o dia 5 do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados representante dos partidos políticos.

[9] Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[10] Art. 5º [...]. LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No referido julgado o Supremo Tribunal Federal passou a autorizar a prévia execução das decisões condenatórias, mesmo que ainda pendente de recursos em tribunais superiores, ou seja, mesmo antes do trânsito em julgado.

Desta forma, verifica-se uma vez mais, a criação do direito pelo órgão incompetente para tanto, e como se não bastasse, em total desconformidade com a Constituição Federal vigente e com os diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, como por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1992, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica [11].

É possível vislumbrar esta linha de posicionamento ativista do Supremo Tribunal Federal em outras diversas decisões ou manifestações, que não serão analisadas pela presente pesquisa. Por exemplo, os reflexos da reação do Supremo em face da Proposta de Emenda Constitucional n° 33 de 2011, que tinha o objetivo, dentre outros, de limitar a sua atuação. Ainda, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 de 2011, que determina como possível a união estável homoafetiva, frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

É importante esclarecer que este trabalho compreende a necessidade de que sejam implementadas transformações normativas, com o objetivo de atender as mutações sociais, que ocorrem de maneira mais célere do que a atividade legislativa, e até mesmo do que a atividade jurisdicional. Entretanto, destaca-se que é, no mínimo antidemocrático, que tais mudanças sejam realizadas exclusiva e unilateralmente por uma única instituição.

5 BREVE MENÇÃO A TEORIAS DOUTRINÁRIAS COMO PROPOSTAS ALTERNATIVAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Perante o vislumbre do cenário arenoso e autoritário em que o poder judiciário se afunda, como brevemente demonstrado, foram elaboradas pela doutrina algumas teorias e proposições, com o intuito de viabilizar alternativas ao fenômeno do ativismo judicial, que sejam, possivelmente, mais condizentes com o Estado Democrático de Direito.

[11] Artigo 8. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A primeira alternativa a ser mencionada diz respeito a possibilidade de se instituir uma relação dialógica entre as funções estatais, no que diz respeito ao exercício de suas atribuições. Ou seja, de promover harmônica interação entre as atividades legislativa, executiva e judiciária, e também com a sociedade, para que se tornassem, em tese, mais democráticas, de forma que o controle seja realmente mútuo, e o poder não se concentre arbitrariamente em nenhuma instituição.

Entretanto, vislumbra-se que a relação anteriormente exposta, se não impossível, é, no mínimo, inviável. De acordo com Juliano Z. Benvindo (2014) é ingênuo se pensar que cada instituição exerce de maneira técnica e conformada suas atribuições. Todas elas são influenciadas pelo ambiente social, por *lobbys* e a própria pressão das demais instituições, cada vez mais ansiosas por alcançar mais poder e prestígio.

Logo, é possível verificar a falência do argumento do diálogo institucional, ou diálogo constitucional, conforme afirma Louis Fisher, tendo-se em vista a impossibilidade harmônica da interação adequada entre os poderes como forma de se viabilizar a tomada de decisões mais democráticas.

De maneira diversa, outra alternativa à autoridade do judiciário pode ser vislumbrada, quando do breve exame realizado sobre a teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida pelo professor Rosemiro Pereira Leal.

Neste sentido, a teoria mencionada, diante da inutilidade da herança processual de Oskar von Bülow, que ainda paira no ordenamento brasileiro, e para que se busque o desenvolvimento da ciência do processo e da jurisdição em um Estado democrático, de acordo com André Cordeiro Leal (p. 138; 2008) é necessário a propositura de um giro teórico a partir de bases constitucionais democráticas, realizando necessária ruptura com as teorias vigentes.

Vislumbra-se que a teoria neo-institucionalista[12] propõe, através de uma nova visão da ciência processual civil, como alternativa à autoridade exercida pela atividade das instituições estatais, nova forma de se repensar o direito, como um todo, e torná-lo mais adequado aos ideais do Estado Democrático de Direito. André Cordeiro Leal, citando Rosemiro Pereira Leal, assim determina:

[12] LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Coleção Professor Álvaro Ricardo Souza Cruz. Volume II.

> Infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania, (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis, sentenças decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade (apud LEAL, 2008, p.139).

A presente pesquisa considera, ainda que mediante sucinto exame, a teoria neo-institucionalista do processo, o mecanismo mais acertado como alternativa à autoridade e o arbítrio do poder judiciário, e mais condizente com o que ordenamento jurídico brasileiro, que pretende estruturar o Estado como democrático através da elaboração de nova teoria processual que se coadune com práticas democráticas, de modo que o arbítrio do judiciário não seja imposto à sociedade.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou ligeiramente o início da teorização clássica do princípio da tripartição dos poderes, primeiramente esboçado por Platão, passando por Aristóteles, John Locke, até sua estruturação clássica em Montesquieu.

Posteriormente, vislumbrou-se a necessidade expressiva de se elaborar uma releitura dos moldes clássicos da distribuição das funções estatais, de maneira que fosse possível adequar o princípio ao ordenamento pátrio, que contempla no texto fundamental ideias do Estado Democrático de Direito.

Verificou-se também, diante de conturbado cenário de descrença popular nas funções executivas e legislativas, sendo que esta última se conformou com oportuna inércia, o depósito da crença social na função jurisdicional, o que acarretou exorbitante crescimento do arbítrio do judiciário.

Neste contexto, vislumbrou-se a recorrente manifestação do protagonismo judicial, que pode ser observado ora sob a vertente da judicialização da política, ora sob

a vertente do ativismo judicial. O presente estudo deu maior enfoque à manifestação da expressão ativista do poder judiciário, principalmente no que diz respeito aos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, analisando o autoritarismo expressado em algumas decisões da corte.

É importante apontar que esta pesquisa não desconsidera a necessidade da atuação da função do judiciário, bem como das demais funções, para que o Estado Democrático se estruture, e nem a essencialidade de se repensar o direito a estrutura dessas próprias instituições. Mas destaca-se o repúdio ao exercício de qualquer autoritarismo mascarado de intenções democráticas, como se vislumbra no exercício da atividade jurisdicional no contexto brasileiro.

Finalmente, a pesquisa concluiu a urgente necessidade de se repensar o direito, o exercício da atividade jurisdicional, das demais atividades e a própria estrutura do Estado brasileiro que se pretende democrático de direito, como já mencionado Para isso, apontou-se, ainda que timidamente, a tese desenvolvida pelo professor Rosemiro Pereira Leal, que propõe, através de nova teorização da ciência processual civil, uma alternativa democrática, não só para o exercício da atividade jurisdicional, como também para o âmbito do poder executivo e do poder legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de (Coord.). Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2012. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 22 jun. 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. 2014. Disponível em: < http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, supremo rasga a constituição no julgamento de um HC. 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao> Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade 3.999-7, do Distrito Federal, 12 de nov. 2011. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3999&classe=ADI>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade 4.277, do Distrito Federal, 05 de maio. 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário de Justiça

Eletrônico, Brasília, 13 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 26.602/DF, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826602%2ENUME%2E+OU+26602%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gwbgdwb>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, de 4 de outubro de 2007. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 19 dez. 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826603%2ENUME%2E+OU+26603%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z53u7u6>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604/DF, de 4 de outubro de 2007. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 3 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826604%2ENUME%2E+OU+26604%2EDMS%2E%29%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENPRO%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jqw9z3o>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n° 22. 610 de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Acesso em: 20 jun. 2016.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Coleção Professor Álvaro Ricardo Souza Cruz. Volume II.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, 2000.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da infidelidade partidária. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jun. 2016.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. O ativismo do Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2011_10734_1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.