

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA**

**VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES**

**MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. 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 Napolini 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

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delineararam os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho



**ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN  
HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

**ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF JUDICIAL PROTAGONISM  
ACCORDING TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW, THE DISCUSSIVE  
THEORY OF JÜRGEN HABERMAS AND THE PROPOSAL OF THE  
INSTITUTIONAL DIALOGUE**

**Ana Paula Gonçalves da Silva  
Michele Rocha Cortes Hazar <sup>1</sup>**

**Resumo**

Este trabalho científico, no aspecto metodológico, se embasa no modelo argumentativo, com raciocínio predominante indutivo-dedutivo. A pesquisa objetiva destacar a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. Serão apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, mas o estudo opta pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Conclui-se a análise demonstrando, por revisão bibliográfica, a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, que se demonstra mais condizente com um Estado democrático e o diálogo institucional.

**Palavras-chave:** Releitura da teoria da tripartição de poderes, Estado democrático de direito, Protagonismo judicial, Teoria discursiva de habermas, Diálogo institucional

**Abstract/Resumen/Résumé**

This scientific work, in the methodological aspect, is based on the argumentative model, with predominant inductive-deductive reasoning. The research aims to highlight the recurrence of the phenomenon of judicial protagonism in the legal scenario of Brazilian constitutionalism, with emphasis on judicial activism. Positions will be presented favorable and contrary to the theme, but the study opts for the argument that judicial activism is detrimental to the consolidation of the current constitutional ideals. The analysis concludes by reviewing the existence of Jüger Habermas's discursive theory, as an alternative to the arbitrary activity carried out by the judiciary.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Review of the theory of tripartite powers, Democratic state, Judicial protagonism, Habermas discursive theory, Institutional dialogue

---

<sup>1</sup> Bolsista FAPEMIG, Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pela PUC MINAS. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada após expressivo 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 arrefecimento dos demais poderes do Estado, legislativo e judiciário, que restaram subjugados (JUNIOR; LIMA, 2013, p. 29).

Com o intuito de implantar a democracia, direitos e garantias fundamentais, a real reestruturação das funções estatais, o texto magno de 1988 contempla a teoria da tripartição de poderes, o corolário do Estado Democrático de Direito, ampla normatização de direitos e deveres individuais, sociais e políticos, dentre outras disposições substancialmente relevantes.

Diante desse cenário de vasta normatização constitucional, fortalecimento e dilatação das atribuições das instituições, principalmente a do poder judiciário, nota-se que a sociedade deposita sua crença nos julgadores, vislumbrando na atividade jurisdicional a maneira mais adequada para satisfação de seus anseios, sob o argumento, segundo alguns autores, de que a ordem jurídica não acompanha a dinâmica dos fenômenos sociais, da cômoda e atual inércia do poder legislativo e da falta de estruturação do poder executivo, no que diz respeito à garantia e efetivação dos direitos previstos expressamente no ordenamento jurídico,

Por sua vez, diante dessa fé social, o poder judiciário assume a atribuição de defensor e efetivador de direitos, muitas vezes violando o próprio ordenamento constitucional, assumindo postura evidentemente superegoica<sup>1</sup>, sacrificando caros ideais democráticos, a exemplo da tripartição de poderes e do equilíbrio entre as funções estatais. Tal postura se manifesta de maneira mais acentuada, como será demonstrado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem ignorar sua ocorrência nas demais instâncias do poder judiciário.

Tal contexto reforça ainda mais o protagonismo do judiciário, que 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, repercutindo na doutrina, tanto no âmbito da ciência política, quanto no âmbito jurídico.

---

<sup>1</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, 2000.

É relevante mencionar que o fenômeno mencionado 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.” (JÚNIOR, 2014, p. 111).

A presente pesquisa traz como problema a seguinte indagação: o fenômeno do protagonismo judicial sob a ótica do modelo constitucional brasileiro, pode ser mitigado mediante aplicação de parte da teoria de Jürgen Habermas e proposta do diálogo institucional?

Abordando a polêmica atuação do poder judiciário, principalmente no que diz respeito à vertente do ativismo judicial, investigando sua expressão sob a ótica do corolário de Estado Democrático de Direito que tenta insurgir sem muito sucesso, tendo-se em vista que inúmeras normas do ordenamento pátrio refletem os paradigmas do Estado Social e do Estado Liberal.

Pretende-se demonstrar, como parte da hipótese possível, a incompatibilidade de tal fenômeno com teorias jurídico-filosóficas, notadamente à teoria discursiva de Jünger Habermas, que evidencia mecanismos capazes de contemplar, instrumentos democráticos para construção do direito, bem como a aplicabilidade de parte de tal teoria na relação dialógica entre as instituições estatais e a sociedade.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de verificar se tal atuação proativa do judiciário coaduna, ou não, com o que dispõe ordenamento jurídico brasileiro, bem como investigar quais limites podem ser impostos a esta função estatal.

A produção do presente trabalho foi embasada no modelo argumentativo<sup>2</sup>, já o tipo de raciocínio escolhido para análise do material foi o indutivo-dedutivo<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>2</sup> GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 12.

<sup>3</sup> GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) Pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 22-23

O marco teórico que embasa o trabalho é parte da teoria discursiva de Jürgen Habermas para proposta de uma dialogicidade democrática no discurso jurídico, compatível com o paradigma de Estado proposto pelo texto constitucional vigente.

## **2 A LEITURA DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES: Da vertente clássica até a sua aplicação sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**

Mediante sucinta análise, é possível perceber que a teoria da separação dos poderes foi inicialmente esboçada por Platão, ganhando vertente tripartite com o contorno traçado por Aristóteles, em sua obra intitulada Política<sup>4</sup>, na qual admitia a distribuição do poder soberano em três faces individuais, às quais cabiam a tomada de decisões em âmbito estatal.

Em momento posterior, o pensamento acima mencionado foi reestruturado pela exposição de John Locke até ser tratado por Charles de Montesquieu<sup>5</sup> e se perfazer na clássica teoria da tripartição dos poderes, como explica Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009).

Ainda de acordo com Zaidan de Carvalho (2009), a teoria clássica da tripartição de poderes foi pensada por Montesquieu com o escopo de instituir a limitação do poder pelo próprio poder, sendo, portanto, admissível a divisão da estrutura em três funções do Estado, evitando, desta forma, a centralização e a arbitrariedade. Posteriormente essa teoria sofreu a incorporação do conceito de freios e contrapesos, conhecido como *checks and balances*, determinando que cada função estatal deveria 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 *checks and to 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)

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. Política. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>5</sup> Montesquieu tratou da estrutura da separação de poderes em sua obra O espírito da Lei, originalmente intitulada *L'esprit des lois* datada de 1748.

No ordenamento brasileiro observa-se a exposição da teoria supramencionada, incorporada ao conceito dos freios e contrapesos, quando da leitura do art. 2º da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup> (BRASIL, 1988), que divide os poderes estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário,

Porém, diante do cenário político-jurídico vigente, e da alusão constitucional ao modelo de Estado Democrático de Direito, é necessário que tais noções sofram adequadas releituras para se amoldarem a tal realidade, tendo-se em vista que na visão filosófica clássica, inaugurada em contexto diverso, admitia, 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).

Deste modo, de acordo com a leitura do texto de Juliano Zaiden Benvindo (2014) é possível destacar que um Estado apenas pode se pretender democrático, concretizando o ideal pretendido pela CR/88 (BRASIL, 1988), 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: Conceito e espécies.**

Hodiernamente, considerando o cenário pátrio já mencionado, bem como a crise de representatividade e a da recente falta de coalização governamental<sup>7</sup> do governo anterior, 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 em face de questões polêmicas, conforme aduz Luís Roberto Barroso (2012), o que faz com que a população deposite, de maneira acentuada, sua fé na atividade jurisdicional, além da ineficiência do Poder Executivo, por exemplo, na implementação efetiva de políticas públicas.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

Desse modo, vislumbra-se, que o judiciário atrai para si a atribuição de efetivador de direitos e garantias, embasados na manifestação de sua autoridade e sob o argumento de ser o guardião de todos os ditames constitucionais.

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

Em defesa da persistente atuação proativa do poder judiciário é possível vislumbrar argumentos favoráveis a tal prática como, por exemplo, nas palavras de Robert Alexy (2005). Para o autor, a função da Corte constitucional, quando no exercício de sua argumentação representativa, deve ser a de fornecedora da última palavra, com o principal objetivo de proteger os indivíduos dos arbítrios de seus representantes políticos.

Em breve análise feita sob o trecho da argumentação de Robert Alexy (2005) se transportado tal pensamento para o âmbito brasileiro, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a determinação de oferecer a última palavra, apresentar a decisão mais coerente para os problemas individuais e coletivos da população, o que gera inquietação e bastante polêmica, principalmente quando vislumbrados argumentos de autores que tecem críticas em face dessa postura.

As controvérsias sobre tal problemática são diversas, mas é importante considerar os argumentos de Juliano Zaiden Benvindo (2014) quando esclarece que a um Estado Democrático 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.

Outra questão sobre tal temática que também merece destaque é a diferença conceitual entre as espécies abrangidas pelo gênero protagonismo judicial. Conforme bem esclarece Amandino Teixeira Nunes Júnior (2014) o protagonismo judicial é gênero, do qual podem ser extraídas duas espécies distintas, 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 diferentes do gênero protagonismo judicial:

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 se refere ao conceito de ativismo judicial colocado anteriormente por Amandino Teixeira Nunes Júnior (2011) e Luís Roberto Barroso 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 severas críticas e defesas, abarcadas pela doutrina nacional e internacional, a presente pesquisa se atentará apenas aos impactos da vertente ativista, deixando a judicialização como objeto de pesquisas posteriores.

## **4 A POSTURA ATIVISTA FLAGRADA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Conforme já explicitado anteriormente a postura proativa do judiciário, e de maneira mais expressiva, do Supremo Tribunal Federal, é recorrente no cenário brasileiro, sendo tal argumento comprovado quando da análise de algumas decisões polêmicas exaradas pelos ministros componentes da referida corte.

Nesse contexto, ao examinar o Mandado de Segurança nº 32033/DF, de 24 de abril de 2013 (DISTRITO FEDERAL, 2013), que diz respeito ao projeto de lei nº 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 jurídica da decisão, bem como a sua ingerência nas atribuições do Poder Legislativo de maneira desarrazoada.

No que diz respeito ao julgado supra é relevante destacar a manifestação autoritária do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes. O referido julgador decidiu, monocraticamente, pela inconstitucionalidade, do projeto de lei em análise, acusando o Poder Legislativo de agir de maneira casuística e extremamente célere, deixando à deriva a adequada reflexão jurídica que deveria envolver sua decisão.

Diante de tal ocorrência é possível notar que os argumentos oferecidos pelo ministro são frágeis e inadequados em relação à análise do projeto de lei em destaque, não abordando de fato, nenhuma norma que fundamente o questionamento da constitucionalidade. 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)

Perante a atuação do ministro verifica-se de modo expressivo a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, que invade, cada vez mais, de forma arbitrária, as atribuições das



demais funções estatais, embasada na autoridade, criatividade e subjetividade de seus julgadores.

Outra análise que merece atenção é a que se refere ao julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 3.999 de 2008 e nº4.086 de 2008, (que correram em apenso), de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, coerente com o que foi abordado nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603, 26.604, demonstrando o consentimento do Supremo Tribunal Federal com o que dispõe à Resolução 22.610 de 2007, em relação à manifesta postura ativista do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

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

Nesse sentido, analisando o teor da Resolução 22.610 (BRASIL, 2007), verifica-se a criação de nova hipótese de perda de mandato eletivo, fundamentada na infidelidade partidária, inovando a redação do dispositivo constitucional sobre a temática.

Destaca-se que as hipóteses para imposição de tal sanção estão taxativamente dispostas no art. 55<sup>9</sup> da Constituição Federal de 1988, sendo inaceitável que outras sejam criadas, por atividade diversa da exercida tipicamente pelo Poder Legislativo. Nessa 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 polêmica a ser exposta nesta pesquisa refere-se a reinterpretção dada pela corte sobre a disposição constitucional da presunção de inocência. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 de 2016 (BRASIL, 2016) de relatoria do ministro Teori Zavascki, a referida norma prevista no texto constitucional como direito fundamental, conforme dispõe no art. 5º, LVII<sup>10</sup>, foi reinterpretada de maneira incompatível com todo o ordenamento

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup>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.

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

jurídico brasileiro, conforme aponta Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt (2016).

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

Dessa forma verifica-se, uma vez mais, a criação do direito pelo órgão incompetente para tal tarefa, e, em total desconformidade com a Constituição Federal vigente e com os diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1992, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica<sup>11</sup>.

A postura criativa do STF neste sentido foi confirmada quando do indeferimento de liminares nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 (BRASIL, 2016), nas quais se pleiteava a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. A corte manteve o posicionamento firmado em fevereiro de 2016, admitindo a execução antecipada da pena, violando o direito fundamental à presunção de inocência, e desta maneira, a própria força normativa da Constituição Federal.

É possível vislumbrar o posicionamento ativista do Supremo Tribunal Federal em outras diversas decisões ou manifestações, que não serão apresentadas pela presente pesquisa. Por exemplo, os reflexos da reação do Supremo em face da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 de 2011 (Brasil, 2011), que tinha por objetivo precípuo, dentre outros, limitar a atuação do Poder Judiciário; e ainda, a liminar concedida no Mandado de Segurança 32.326, por Luiz Roberto Barroso, que segundo Lênio Luiz Streck, se valeu de argumento meramente metajurídicos (STRECK, 2014), dentre outros exemplos.

É importante esclarecer que este trabalho compreende a necessidade de que sejam implementadas transformações normativas com o intuito de atender as mutações sociais, que ocorrem de maneira mais célere do que a atividade legislativa, e até mesmo do que a atividade jurisdicional, e da própria necessidade clara da superação do positivismo jurídico e do juiz “boca da lei”. Entretanto, destaca-se que se compreende como antidemocrático a tentativa de realizar tais mudanças seja exclusiva e unilateralmente por uma única instituição.

## **5 A ANÁLISE PARCIAL DA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS E A VIABILIDADE DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL**

---

<sup>11</sup> Artigo 8. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Na tentativa de apresentar teoria que se oponha ao cenário proativo do judiciário, principalmente no que diz respeito a vertente ativista, criativa do direito, de maneira não legítima, a presente pesquisa se vale da proposta do alemão Jürgen Habermas, de forma breve, precipuamente no que tange a teoria discursiva, fundada no agir comunicativo e na criação democrática do direito.

De acordo com o que afirma Gustavo Silveira Siqueira, sobre a teoria de Habermas, o direito é válido quando o órgão competente para sua criação respeita procedimentos previamente estabelecidos, e pode ser considerado legítimo quando é fruto da discussão social, desde que essa ação discursiva envolva indivíduos livres e iguais.

Entretanto, ainda que a construção do direito obedeça tais premissas, o mesmo autor destaca que elas não são suficientes para torna-lo democrático.

O direito para ser considerado essencialmente democrático, de acordo com a teoria de J. Habermas (2003), além de respeitar o processo legislativo adequado deve advir do agir comunicativo<sup>12</sup>, cooperativo, não egocêntrico, inclusivo e livre dos atores sociais, do uso público da razão, ou seja, através da argumentação coletiva e racional, busca-se a criação de normas capazes de estabelecer garantias para a boa convivência social. Deste modo, os criadores do direito, serão também seus destinatários.

Neste sentido elucida Gustavo Silveira Siqueira (2011, p. 03), veja-se:

Quando os cidadãos participam da elaboração da lei, através de um processo discursivo, em uma sociedade livre, pode-se dizer que ali está configurado o princípio democrático de elaboração do direito, que Habermas pontifica ser necessário para legitimar o direito positivo.

Ainda na teoria de Habermas (2003), é necessário destacar que a criação do direito, legitimamente democrático, encontra limites nos direitos humanos fundamentais, para que sejam evitados abusos e arbitrariedades em sua formação.

Outro aspecto que merece destaque na teoria habermasiana é a relação traçada entre direito e moral. De acordo com o que aduz Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Camila Cardoso de Andrade (2007), sobre a questão, na filosofia de Habermas o direito positivo e a moral se apresentam sob uma relação de complementariedade, e não de subordinação.

---

<sup>12</sup> Na teoria de Habermas verifica-se a superação da razão prática, defendida por Immanuel Kant e sua substituição pela ação comunicativa, que dá enfoque diverso a questão da moralidade. Sobre tal diferença consultar: FREITAG, Barbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84764/87463>>. Acesso em: 10 dez 2016.

Ao se apresentam questões difíceis e importantes para serem solucionadas, nas quais a imparcialidade fica comprometida, a moral passa a ser essencial à relação discursiva, visando garantir a maior imparcialidade possível.

Nesse sentido, para Habermas, ainda de acordo com Marcelo Cattoni e Camila de Andrade, tanto a argumentação moral quanto a argumentação jurídica integram a relação discursiva explicitada anteriormente.

Ao analisar de maneira breve a teoria do filósofo alemão a presente pesquisa compreende que a produção puramente democrática do direito chega a ser utópica, devido às exigências da teoria apresentada. Entretanto, ao se vislumbrar a problemática da postura criativa do poder judiciário surge a necessidade de se buscar teorias que amenizem tal fenômeno.

Neste sentido, o presente trabalho, verifica a possibilidade de se utilizar parte dos fundamentos da teoria discursiva de J. Habermas na promoção de um diálogo institucional, que se desenvolva entre o poder judiciário, e as demais vias democráticas do Estado Brasileiro, como por exemplo, a sociedade civil organizada, o poder legislativo e o poder executivo, de maneira mais efetiva, para que a produção das decisões judiciais, que envolvam inovações no âmbito jurídico, e casos muito polêmicos, ocorra da maneira mais democrática possível.

A proposta do diálogo entre os poderes estatais, e ainda entre estes e a sociedade, retiraria do poder judiciário o monopólio da decisão final sobre questões que envolvessem grandes controvérsias, e deixaria a discussão sob a ótica de um *locus* aberto ao debate.

Conforme explicita Virgílio Afonso da Silva (2009), os autores que defendem que o diálogo engessa o judiciário e deixa a última palavra a cargo de outra instituição despreza a própria natureza do debate. O autor afirma que a proposta do diálogo deixa as questões controversas sempre abertas a novos argumentos e às próprias exigências da sociedade.

A teoria de Habermas pode contribuir, ao menos em parte, para tal questão, desde que a relação dialógica se opere através de um procedimento adequado, criado especificamente para tal finalidade, e principalmente, de modo que se respeite os direitos humanos fundamentais.

Desse modo, ainda que se entenda que a democracia plena seja um ideal utópico as decisões sobre as questões mais controversas e difíceis poderão ser tomadas da maneira mais compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, e não concentrada na autoridade de uma única instituição como ocorre hoje no cenário brasileiro.

## 6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa, ainda que de maneira breve, demonstrou o início da teorização da tripartição dos poderes, traçado inicialmente por Platão, posteriormente por Aristóteles, John Locke, até sua estruturação clássica em Montesquieu.

Vislumbrou-se também a necessidade de se realizar expressiva releitura dos moldes clássicos da distribuição dos poderes do Estado, de maneira a adequar o princípio à própria estruturação do Estado Democrático de Direito, contemplado pelo ordenamento brasileiro vigente.

Em seguida, diante de conturbado cenário de descrença em face das instituições estatais, principalmente no que diz respeito às atribuições do poder executivo e legislativo, sendo que este último se conformou com oportuna inércia, o depósito da fé social na atividade jurisdicional, o que acarretou exorbitante crescimento do arbítrio do judiciário.

Diante de todo o exposto mereceu destaque a recorrente manifestação do protagonismo judicial, que pode ser observado sob duas vertentes, a do ativismo judicial e a da judicialização da política.

O presente trabalho, sem desprezar que a relevância da problemática da judicialização da política, deu enfoque à manifestação da expressão ativista do poder judiciário, principalmente no que se refere à atuação do Supremo Tribunal Federal, analisando o arbítrio manifesto quando da análise de decisões da corte.

Posteriormente, apresentou-se a teoria discursiva do filósofo alemão, J. Habermas, com o objetivo de traçar alternativas democráticas que amenizem a problemática do ativismo judicial, tendo-se em vista que tal prática é incompatível com os ideais democráticos estabelecidos pela Constituição de 1988, como demonstrado no decorrer do trabalho.

Finalmente, de maneira suscita, tratou-se da possibilidade da aplicação da teoria supramencionada em possível relação dialógica entre as instituições estatais e a própria sociedade, para que, desta forma, a produção tanto normativa quanto de decisões judiciais se operem da maneira mais legítima e democrática possível.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. International Journal of Constitutional Law, Oxford. 2005.

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 dez. 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 dez. 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 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 20 dez. 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 dez. 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 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Plenário. Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 dez 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:



- SILVA, Virgílio Afonso. **O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** Revista de Direito Administrativo, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 09 dez. 2016.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito.** Disponível em: <[http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_dc-gustavo.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. **Pode a justiça depender do sentimento do julgador, como se sentença viesse de “sentire”?** 2014. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/comment/241034>>. Acesso em: 11 dez. 2016.