

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
DEIVES RODRIGUES PEREIRA**

**ATIVISMO JUDICIAL: AFRONTA OU FORTALECE AO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

**RUBIATABA/GO
2018**

DEIVES RODRIGUES PEREIRA

**ATIVISMO JUDICIAL: AFRONTA OU FORTALECE AO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Leandro Campêlo Moraes.

**RUBIATABA/GO
2018**

DEIVES RODRIGUES PEREIRA

**ATIVISMO JUDICIAL: AFRONTA OU FORTALECE AO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre Leandro Campelo Moraes.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 19 / 06 / 2018

Mestre Leandro Campelo Moraes
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Claudio Roberto dos Santos Kobaiash
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Marise de Melo Lemes
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico esta obra à tudo aquilo que
desconheço

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Primeiramente ao bom Deus, pela dádiva do existir. A força inexplicável que surgiu em momentos complicados eu dou autoria a Ele acreditando que essa coletânea de momentos incríveis só foi possível pela intervenção d'Ele, que me conduziu por todo o decurso dessa caminhada, me permitindo visualizar sua atuação nos bastidores da construção de um sonho.

A minha família, que mesmo composta de pessoas simples me transmitiu valores extremamente sofisticados de como ser um ser humano digno, esta condição me permitiu acreditar ter as ferramentas basilares para alcançar todo o resto. Se hoje sou motivo de orgulho e elogios para alguns, grande parte devo a minha família.

Ao meu primeiro orientador que muito contribuiu para a elaboração do meu pré-projeto professor mestre Andrey Pimentel, que na ocasião me orientou com maestria mas, por virtude de novas oportunidades de ampliar os horizontes deixou saudades.

Ao meu orientador, guru intelectual e amigo, Leandro Campêlo, que ao longo dessa jornada foi paciente, incentivou e contribuiu para a conclusão do meu trabalho. Não tenho dúvidas que sem ele nada disso seria possível.

Aos meus amigos, que excedem a ideia de amizade e aproximam-se do ideal de irmandade. Sempre apoiadores, estimuladores, críticos, que, também, em muito colaboraram para o meu jeito e personalidade.

A minha turma (a turma de 2013), conhecida como melhor turma. Embora composta pelas pessoas mais diferentes em ideias e aparências tem um grande senso de amizade e companheirismo, acredito que lembrarei de vocês por toda a vida. Até porque sem vocês eu não seria tão feliz quanto sou.

EPÍGRAFE

Quando a tecnologia e o dinheiro tiverem conquistado o mundo; quando qualquer acontecimento em qualquer lugar e a qualquer tempo se tiver tornado acessível com rapidez; quando se puder assistir em tempo real a um atentado no Ocidente e a um concerto sinfônico no oriente; quando tempo significar apenas rapidez online; quando o tempo, como história, houver desaparecido da existência de todos os povos; quando as cifras em milhões significarem triunfo então, justamente então reviverão como fantasma as perguntas: Para quê? Para onde? E agora? A decadência dos povos já terá ido tão longe, que quase não terão mais força de espírito para ver e avaliar a decadência simplesmente como... decadência. Essa constatação nada tem a ver com pessimismo cultural, nem tampouco, com otimismo...

O obscurecimento do mundo, a destruição da Terra, a massificação do homem, a suspeita odiosa contra tudo que é criador e livre, já terão atingido tais dimensões, que categorias tão pueris, como pessimismo e otimismo, já haverão de ter e tornado ridículas.

(Martin Heidegger - Introdução à Metafísica)

RESUMO

O objetivo desta monografia é analisar o instituto do Ativismo Judicial, levando em consideração o contexto do sistema jurídico atual pátrio e suas necessidades políticas. Busca definir o protagonismo exercido pelo Poder Judiciário por meio do Ativismo Judicial, em especial pelo Supremo Tribunal Federal e compreender se tal postura ativista contribui para um possível fortalecimento da democracia ou se, pelo contrário, representa afronta ao Estado Democrático de Direito. Em suma, é possível a manutenção da relação harmônica entre os poderes, conforme previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mesmo com o advento do fenômeno ora em análise. Na tentativa de cumprir o que proposto, este trabalho partirá do conceito Democrático Constitucional para definir o Estado Democrático de Direito. A principal fonte de pesquisa desenvolvida foi a bibliográfica, compreendendo a leitura, análise e interpretação de doutrinas clássicas do Direito e doutrinas especializadas na temática em estudo, artigos, periódicos e julgados específicos sobre o tema, realizados pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Protagonismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the institute of Judicial Activism, taking into account the context of the current legal system and its political needs. It seeks to define the protagonism exercised by the Judiciary through Judicial Activism, especially by the Federal Supreme Court, and to understand if such an activist position contributes to a possible strengthening of democracy or, on the contrary, represents an affront to the Democratic State of Law. . In short, it is possible to maintain the harmonious relationship between the powers, as foreseen in article 2 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, even with the advent of the phenomenon under analysis. In an attempt to fulfill what is proposed, this work will start from the Democratic Constitutional concept to define the Democratic State of Law. The main source of research developed was the bibliographical one, comprising the reading, analysis and interpretation of classic doctrines of the Law and specialized doctrines in the subject under study, articles, periodicals and specific judgments on the subject, carried out by the Federal Supreme Court. , guardian of the Constitution.

Keywords: Judicial Activism. Judicial Protagonism. Democratic State. Supreme Court.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	ATIVISMO JUDICIAL	12
2.1	UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO	13
2.2	ASPECTOS CONCEITUAIS E CARACTERÍSTICAS	18
2.3	DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	21
3.	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
3.1	CONCEITUAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	26
3.2	SEPARAÇÃO DE PODERES	30
3.2.1	FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS	33
3.2.2	TIRANIA DAS MINORIAS	37
4.	ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
4.1	DIREITO À UNIÃO HOMOAFETIVA	45
4.2	DIREITO À ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO	48
4.2.1	REDUÇÃO DO DIREITO AO FORO PRIVILEGIADO DE SENADORES E DEPUTADOS FEDERAIS	51
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	55

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por tema Ativismo Judicial, e busca analisar se o ativismo afronta ou contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Para chegar ao resultado foi necessário partir da problemática objetiva-se descobrir se o Ativismo Judicial, exercido especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, afronta o Estado Democrático de Direito. Importante ressaltar que existe uma linha tênue entre a atuação Ativista da Suprema Corte que, ao interpretar textos normativos constitucionais, dando a estes um sentido mais amplo, a atribuição democrática concedida ao Poder Judiciário de atuar de forma atípica na função de legislar, ou seja, criar normas que vão ao encontro da necessidade social.

Como hipóteses para a resposta da presente problemática, é possível previamente estabelecer duas possibilidades. A primeira firma-se no pressuposto de que o Ativismo Judicial afronta o Estado Democrático de Direito, por desrespeitar a função que o Estado determinou ao Poder Legislativo, representando ofensa às atribuições concedidas constitucionalmente, podendo por consequência colocar em cheque a democracia, inerente ao Estado Democrático de Direito.

A segunda hipótese trabalha com a possibilidade de que o Ativismo Judicial não representa afronta ao Estado Democrático de Direito, pois mesmo parecendo contraditório, uma democracia pressupõe limites. Assim o Judiciário exerce um papel contra majoritário, estabelecido dentro do Estado Democrático de Direito, em conformidade com a teoria da tripartição de poderes. Para esta corrente, o Supremo Tribunal Federal atua como garantidor de direitos fundamentais e funciona como mecanismo de defesa para que a democracia não se converta, de forma subversiva, em uma tirania da maioria ou tirania das massas, em detrimento dos direitos das minorias.

O tema torna-se relevante, pelo fato do Ativismo Judicial ser um instituto cada vez mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa crescente utilização visa a resolução de controvérsias e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, com grande repercussão nacional, com temas geralmente debatidos pela mídia ou discutidos por meio de representantes de movimentos sociais.

Assim delimita-se como objetivo geral desta pesquisa, ao analisar se o ativismo judicial representa ofensa ou fortalecimento do Estado Democrático de Direito, verificar se o Supremo Tribunal Federal cumpre seu papel democrático. São objetivos específicos: delimitar o que é Ativismo Judicial; conceituar Estado Democrático de Direito e por fim; verificar se a Suprema Corte cumpre o papel democrático a partir do Ativismo Judicial.

Quanto, ao método de investigação aplicada, tem-se a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de obras de autores consagrados pela crítica e de investigação jurisprudencial, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Para alcançar o primeiro objetivo proposto, com a finalidade de conceituar e delimitar o Ativismo Judicial, buscaremos elucidar suas origens, de forma a compreender a finalidade de sua criação, a partir das noções de Arsênio Brauner, Elival Ramos e Luís Roberto Barroso. Na tentativa de diferenciarmos o Ativismo Judicial da judicialização da política, nos valeremos das lições de Lenio Luiz Streck e; para relacionar o Ativismo Judicial com a legitimidade democrática, serão analisadas as ideias de Ronald Dworkin e Mauro Cappellete.

Quanto ao segundo objetivo proposto, de conceituar o Estado Democrático de Direito, uma das maiores dificuldades reside na banalização que o excesso de uso trouxe ao termo, por um grande grupo de pessoas que não possuem noção do seu real sentido. Para tanto, foram utilizadas as obras dos seguintes autores: Lenio Luiz Streck, Jose Bolzan Morais, Adairson Alves dos Santos, José Afonso da Silva e José Joaquim Gomes Canotilho.

Ainda, dentro deste segundo objetivo, será abordada a separação dos Poderes, trazendo as noções de Aristóteles, os avanços obtidos por Nicolau Maquiavel e a reformulação da teoria Aristotélica na obra de Montesquieu. A partir dos autores Pedro Lenza e José Joaquim Gomes Canotilho, serão apresentadas noções de como essas teorias se comportaram com a evolução da sociedade para os tempos atuais. Serão abordadas também as funções típicas e atípicas dos Poderes e ainda a noção de democracia como tirania da maioria.

O terceiro objetivo torna-se importante para verificar se o Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte do país, cumpre o papel democrático a partir do Ativismo Judicial, visando assim responder a problemática, se o Ativismo Judicial representa uma afronta ou uma contribuição ao Estado Democrático de Direito. Serão analisados três casos que tiveram apreciação do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro caso trata da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADIN 4277 e a Arguição de Preceito Fundamental - ADPF 132, que resultaram no reconhecimento da união homoafetiva no Brasil. O segundo caso a ser analisado é a Arguição de Preceito Fundamental - ADPF 54, que deu ensejo a possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico. O terceiro caso é a análise do julgamento por questão de ordem na ação penal, AP 937, que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir pela redução do Foro Privilegiado.

2. ATIVISMO JUDICIAL

O termo Ativismo Judicial muito mencionado na atualidade é um tema muito sensível e cheio de controvérsias, a respeito do Ativismo judicial, e ainda pela forma em que se tem aplicado o instituto em casos práticos, ou seja, em demandas que, o Poder Judiciário tem a oportunidade de valer-se do Ativismo, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, há uma grande discussão se ocorre de forma legítima ou fora dos padrões de legitimidade.

Isso contribui para um entendimento doutrinário desfavorável ao Ativismo, para alguns doutrinadores Ativismo Judicial é sinônimo de um termo pejorativo, sendo uma afronta ao Estado Democrático de Direito, ainda uma ofensa aos Poderes que são detentores de legitimidade para atuar e que não o podem por uma atuação Ativista. De modo que, Valle (2009) que acredita ser um termo que não quer dizer nada, com ausência de conteúdo significativo, porém mesmo sem conteúdo, usado para demonstrar a desaprovação de uma decisão.

Diante da ausência precisa de definição quanto ao dispositivo em análise, faz-se necessário dedicar o primeiro capítulo para definir o que é Ativismo Judicial. Para tanto vamos abordar de forma breve, a respeito do sistema influenciador que levou a existência do Ativismo, bem como a forma que surgiu o termo, abordando um pouco de cunho histórico e as características que possuía o instituto nos tempos de sua origem. A intenção que temos é verificar se do surgimento do Ativismo Judicial existe alguma semelhança com o nosso tempo atual se tratando de objetivo que buscam alcançar e formas de atuação.

Esse capítulo buscará a definição do que é Ativismo Judicial, onde além de desenvolver as ideias já mencionadas, contaremos com um tópico dedicado a abordagem dos aspectos conceituais do mencionado instituto. Por não haver um conceito exato do que é ativismo serão buscadas explicações de doutrinadores como Luís Roberto Barroso, Oscar Valente Cardoso, Elival da Silva Ramos dentre outros.

Será abordado também a respeito do Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, buscando trazer as principais diferenças entre o Ativismo e a Judicialização, aprofundando as noções a respeito do que venha ser o Ativismo Judicial e compreendendo a sua aplicabilidade por meio da criação de uma base

sólida para desenvolvermos o questionamento a respeito da problemática onde em todo tempo busca entender o Ativismo Judicial e o questionamento de sua legitimidade democrática, ou se no mínimo sua atuação contribui para o Estado Democrático de Direito tema do nosso segundo capítulo.

2.1 UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

O fenômeno constitucional que temos em nosso país, caracterizado pela participação de forma ativa por parte do judiciário é uma importação dos ordenamentos jurídicos Inglês e norte-americano. Essa afirmação se dá pela consistência de Brauner (2011, p.617) em afirmar que: “as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana”.

Podemos dessa forma, associar o mencionado instituto ao sistema *Common Law*. Antes de trabalhar detalhadamente a respeito do assunto é importante mencionar que Sistemas Jurídicos, na qualidade de sistemas normativos caracterizam-se como um conjunto de procedimentos que de algum jeito geram as normas. Destacam-se os sistemas jurídicos da *Civil Law* e *Common Law*.

O sistema *Civil Law* também é conhecido por sistema jurídico romano-germânico, que teve seu advento na Europa continental, no início do século XIII d.C. segundo David (1972). Ao tratar a respeito do mencionado sistema Jurídico, Lima (2013) expressa que em todos os países que aderiram a *Civil Law*, existe uma determinada predominação explícita do direito positivado e legislado sobre as demais fontes do direito.

Sob a égide do sistema *Civil Law*, a análise de doutrina, jurisprudência e dos costumes possui destaque muito inferior às leis, podendo ser utilizadas tais fontes do direito somente quando a legislação pátria não oferecer possíveis soluções para dirimir determinados conflitos. Somente assim, admite-se valer da doutrina, jurisprudência e costumes como fontes do direito, de forma supletiva.

Wanbier (2010) explica que o modelo *Civil Law*, satisfaz absolutamente as necessidades da sociedade da época, onde a necessidade do povo era prioridade. Dessa forma a lei passou a ser o espírito da justiça, ou seja, representava a vontade do povo como soberana, restringindo qualquer meio de interpretação, obrigando-se o magistrado a ficar restrito ao texto legal. Entretanto uma das principais críticas que se faz a este sistema se refere ao surgimento de novas tendências, cujas demandas, por

vezes, não são acompanhadas pelo envelhecimento dos códigos. Em resposta à crítica, argumenta-se em prol do elevado valor que se confere à doutrina e às jurisprudências.

David (2002, p, 354) explica o surgimento do *Common Law*:

A definição da *common law*, conhecida na época *por comune ley* na gíria normanda (*Law French*), assim no século XVII será a língua usada pelos juristas ingleses, mesmo o latim sendo a língua mais falada no resto da Europa. Assim, a *comune ley* ou *common law* é distinto de todos os costumes locais, sendo o direito compartilhado a toda Inglaterra.

O *Common Law* portanto, é uma expressão usada no mundo jurídico para mencionar um sistema do campo do Direito no qual as aplicações de normas não se encontram escritas mas, sancionadas por virtude dos costumes ou pela jurisprudência. Pereira (2017) explica que o *Common Law* é um sistema que apresenta um funcionamento diferente do sistema Civil Law em que as normas advém do Poder Legislativo ou Executivo e deixa a possibilidade, mesmo que em modalidade suplementar, de se criar normas por meio da conduta social, de forma espontânea através dos costumes.

Na Common Law as normas são desenvolvidas pelos juízes, dessa forma, são normas estabelecidas pela autoridade judiciária por meio dos julgados, esses julgados são conhecidos como precedentes, que tem caráter obrigatório. Soares (1997, p. 13) explica:

Na "common-law", um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, para o "fatispecie", sendo, portanto a jurisprudência, a fonte primeira formal do direito; as relações entre o direito costumeiro, "customary law" e a "common-law" (entendido como direito declarado pela autoridade e não aquele que espontaneamente é praticado pelo povo.

Pereira (2017) expressa que tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra a regra do precedente é primordial para desempenho do sistema da *Common Law*. O precedente é a decisão judicial proferida em um caso concreto, que se tornará útil na uniformização de sentença em casos de características semelhantes. Possui a característica particular de que a principal fonte do Direito é a Jurisprudência e não a lei, sendo por vezes referido pelo termo "direito judicial". O direito baseado nos

costumes prevalece ao direito previsto na lei, sendo desenvolvido a partir das decisões dos tribunais, com maior influência do direito casuístico ou “*case law*”.

As decisões dos Tribunais possuem mais valor que a lei escrita, por meio da força do precedente, formado por outros juízes. Assim, percebe-se que a decisão judicial visa solucionar um caso concreto e não a formular uma regra geral de conduta para o futuro.

Pereira (2017, p.1374) explica que: “a Suprema Corte segue essa linha de raciocínio, no sentido de que o juiz não profere a vontade da lei, mas sim ele a cria, demonstrando claramente o caráter ativista dos magistrados da suprema corte norte-americana.”

Estes costumes servem de base para as decisões dos tribunais que proferem a decisão do caso concreto mesmo na ausência de norma escrita. O efeito vinculante das decisões proferidas condiciona-se à hierarquia do tribunal que as proferiu, conforme a denominada “Teoria do Precedente Judicial” ou “*Stare Decisis*”. Valle (2009, p. 7714) explica que a base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*. Segundo ela as decisões proferidas no passado por órgãos de julgamento superiores devem ser obrigatoriamente seguidas por outros órgãos judicantes inferiores.

Ramires, (2010) explica que o sistema que o Brasil adota dispõe que a lei é por si só, capaz de produzir a manutenção da justiça quando aplicada de forma plena, trazendo limites a qualquer interpretação do juiz, na atuação e aplicação nos casos concretos. Essa afirmação ainda pode ser constatada na positivação em norma constitucional como cláusula pétrea inserida na Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, CRFB/ 88 (BRASIL,1988) ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim podemos concluir, que o modelo brasileiro, está inserido na tradição do *Civil Law*, e possui seu direito vinculado à produção legislativa.

Uma característica muito peculiar que encontramos no sistema brasileiro está no controle de constitucionalidade, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um Tribunal Constitucional. No ordenamento pátrio, é confiada à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau, a capacidade de negar a aplicação de uma lei. Isto ocorre quando o magistrado em um caso concreto, no qual a lei está em desconformidade com a Constituição Federal. Esse motivo faz com que Marinoni (2010), mencione que sob esse aspecto o direito brasileiro tem uma grande proximidade com o sistema americano, com a singela diferença de que o juiz

americano está vinculado aos precedentes e a decisão tomada pela sua Suprema Corte, pois obstante disso, colocaria em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como todo significado atribuído a sua Constituição Federal.

Marinoni (2009, p. 21) ainda complementa:

Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do *common law* a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a Constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no *common law*, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação judicial do direito.

Dessa forma, podemos entender que o sistema jurídico adotado no Brasil é o *Civil Law*, na qualidade de aplicar a lei positivada nos casos concretos, mas em situações onde temos algum problema ou defeito constitucional nessa norma, a cada dia mais abre-se precedentes para aplicação do sistema Common Law no ordenamento jurídico brasileiro. Podendo o juiz rejeitar-se aplicar a lei positivada submetendo essa norma ao crivo do controle de constitucionalidade que, em alguns casos ocorre através da íntima interpretação da Constituição Federal, o que dá ensejo ao que chamamos de “decisão ativista” por parte do Judiciário.

Explica Valle (2009), que a primeira vez que se tem notícia do uso da terminologia foi em artigo escrito para a revista americana *fortune*, que curiosamente não tinha o público alvo juristas ou pensadores do Direito, mas, fora escrito para cidadãos comuns da sociedade. O artigo tinha por título *a supreme court: 1947*, onde o jornalista Arthur Schlesinger Jr, ao traçar o perfil de nove juízes da Suprema Corte norte americana, os classificaram em dois grupos a saber os ativistas judiciais e os campeões da autolimitação.

Embora a primeira que se tem registrado o uso da terminologia foi em 1947, em um contexto de crítica jornalística, Tassinari (2013) aduz que a ideia de ativismo judicial surgiu no mundo jurídico norte-americano efetivamente no ano de 1803, na discussão sobre o empossamento de Willian Marbury, como juiz de paz, que na ocasião foi nomeado pelo presidente John Adams, por virtude de tal feito não se era passível de revogação o ato de nomeação sendo vedado o julgamento do caso pela corte. A atitude tomada pela corte foi declarar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary*

act aumentando a competência da corte além do que era previsto na constituição em seu *article III*, criando assim, o controle de constitucionalidade norte-americano e também a ideia de ativismo judicial, uma vez que os tribunais não possuíam poder de revisão sobre matéria de legislação do congresso.

Sobre o desenvolvimento histórico do Ativismo Judicial, Barroso (2009, p. 71 – 91), expressa:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Barroso (2009) explica que, com o surgimento do ativismo judicial, a atuação ativista dedicou-se em primeiro momento ao combate da limitação de gozo dos direitos disponíveis a sociedade norte-americana, onde essa limitação se dava sob a alegação de que algumas pessoas não eram merecedoras de direitos por possuírem raça distinta com relação a um grupo dominante. O recém criado dispositivo foi utilizado para anulação de leis que na época eram parciais e possuíam em seu teor forte discurso racista.

Barroso (2009) ainda expressa que foi a partir do advento do ativismo judicial, que se consegue vislumbrar jurisprudências que continham em sua redação garantias de direitos fundamentais envolvendo negros acusados em processos criminais e mulheres no que se refere aos direitos a privacidade e direitos gestacionais resguardados.

O termo Ativismo Judicial foi mencionado pela primeira vez há mais de sete décadas. Nesse decurso de tempo, o instituto jurídico foi adotando definições distintas, mas cultivando preservada a sua essência, qual seja, uma maior intervenção do Poder Judiciário na vida institucional. Barroso (2009) aponta que em diferentes partes do mundo nas cortes constitucionais ou supremas cortes, tem-se um padrão quando o assunto é o protagonismo do poder judiciário.

Independentemente da localidade ou do tempo em que analisado, o ativismo judicial sempre está envolvido com a tentativa de alcance político a todo cidadão dentro de um território estabelecido por um Estado. O ativismo sempre se preocupará com a implementação de políticas públicas e em escolhas referentes a cunho moral dentro de temas controvertidos na sociedade. Então até aqui entendemos que o ativismo judicial, além de ser um instrumento do poder judiciário se relaciona diretamente com garantias de direitos fundamentais do cidadão, passamos pois para a tarefa de definir o que é Ativismo Judicial.

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E CARACTERÍSTICAS

O termo ativismo não possui uma definição consensual, não há o que se falar em um conceito pronto e imutável que servirá para todas situações relacionadas ao ativismo, isso se dá pela grande variável e diferentes significados que podem ser retirados a partir da expressão.

Valle (2009, p.7714) explica que: “a multiplicidade de sentidos reconhecida à expressão ativismo judicial oculta, numa primeira aproximação, a vasta complexidade envolvida na adoção efetiva dessa prática por parte de um órgão jurisdicional”. De acordo com Valle (2009) os muitos sentidos contidos na expressão ativismo judicial são, de certa forma uma tentativa de englobar dentro de uma expressão, um uma infinidade de características que fazem parte de um conjunto de noções muito complexas de atos praticados por um órgão jurisdicional que traz efetividade ao termo.

Valle (2009) usa da obra de Kmiec (2004) para explicar que a sistematização das definições que são elaboradas para o termo, tem reconhecimento em sede doutrinaria e até mesmo em atuação jurisdicional que reconhecem cinco principais conceituações, que estão mais voltadas às características de atuação do ativismo judicial de uso comum na atualidade. Kmiec (2004, apud Valle 2009 p.7714) destaca que essas conceituações de ativismo são:

I) aquela prática dedicada a desafiar atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável; II) a prática envolvendo a estratégia de não aplicação dos precedentes; III) a conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; IV) a prática de o julgador afastar-

se dos cânones metodológicos de interpretação; finalmente V) julgar para fins de alcançar um resultado pré-determinado.

Valle (2009) entende a manifestação jurídica mencionada como Ativismo Judicial é caracterizada pelo fenômeno de desafiar a pouca atuação de um outro poder ou mesmo a inércia desse poder, e a menor atuação de um poder não legitimado configuraria um ato lesivo ao princípio da separação dos poderes.

Isso se dá pelo fato do poder judiciário poder assumir dois posicionamentos frente as opções políticas feita pelo legislador em casos em que existe insegurança quanto ao texto constitucional: a primeira opção é tomar um posicionamento auto limitativo e privilegiar a decisão do Parlamento no que se refere às questões controvertidas e; em segundo lugar, pronunciar com finalidade de dizer o direito aplicável mesmo em questões caracterizadas por serem politicamente sensíveis, o que abriria precedente para um ativismo judicial que irá invalidar por meio de inconstitucionalidade as escolhas políticas de outros órgão estatais.

Com toda essa exposição de Valle (2009) salienta que o problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessas características de atuação encontra dificuldades decorrentes do processo de interpretação constitucional. Para o autor o que vai definir uma decisão como ativista ou não está tão somente em um posicionamento controverso sobre qual deveria ser a leitura interpretativa de um certo dispositivo constitucional. Vai além de uma atuação no controle de constitucionalidade que gera instabilidade no ato do poder legislativo, mas o ativismo é caracterizado pela reiteração de uma mesma conduta que desafie os atos de outro poder constituído, quando a frente de casos difíceis. O principal problema é encontrado na essencialidade do caráter controverso interpretativo de casos difíceis e ainda a ocorrência de atuação de forma reiterada nesses casos.

Valle (2009) aduz que um outro sentido emprestado ao termo é de Juízes legisladores, essa afirmação conceitual se dá pelo fato de que quando o judiciário interpreta a norma, ele ultrapassa os limites dados pelo texto normativo e impõe sua própria opinião sobre meios e fins relacionados a tratamentos de temas relevantes, e conseqüentemente ele estaria legislando, de forma a alterar a interpretação ao texto normativo mas não o excluindo do ordenamento jurídico. Nesse sentido Cardoso (2011), afirma:

O ativismo judicial pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliada de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc).

Barroso (2009, p.6) explica que a ideia de ativismo relacionada 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”.

Para Barroso (2009) o ativismo emana de distintas atuações, dentre as quais se insere a aplicação da Constituição diretamente em situações em que não há um amparo contemplado pelo texto normativo, e mesmo diante da ausência da previsão por decorrência da não manifestação do legislador ordinário a respeito, ainda assim, há uma aplicação do texto constitucional. A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos criados pelo legislador, valendo-se de critérios menos rígidos, do que os mecanismos de alegação de violação da Constituição. E por fim a inserção de medidas de atuações quando da abstenção do Poder Público, em assuntos que versem matérias relacionadas a políticas públicas

Uma definição trazida por Barroso (2009, p.6) é que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O autor explica que em algumas circunstâncias em que o Poder Legislativo é omissivo, o Ativismo ganha investida principalmente em situações onde há uma ruptura entre a classe política e a sociedade civil, nessa situação pode ocorrer um empecilho para que as demandas sociais sejam alcançadas de maneira eficaz. Dessa forma compreende-se que o ativismo judicial traz em sua peculiaridade uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional que causa estragos notáveis, porém não de forma exclusiva, ao Poder Legislativo

Ramos (2010, p.129) explica que: “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsia jurídica de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Dessa forma Ramos (2010) é conivente

com os pensamentos de Luiz Roberto Barroso nesse ponto de conceituação, pois para autor o ativismo judicial nada mais é que o Poder Judiciário expandindo seus limites além do previsto no ordenamento jurídico para realizar sua função.

Para tanto adotaremos o conceito trazido por Luís Roberto Barroso, que aborda o Ativismo como uma atuação do poder judiciário em situações de cunho político, que tem por consequência situações em que o poder legislativo é omissivo em sua função. Aqui vemos o sistema *common law* e *civil law* se relacionarem entre si.

Em regra utilizamos o sistema *civil law* na busca de se fazer cumprir o que está na lei, e quando não existe uma previsão legal o Poder Judiciário atua de forma ativista dando respaldo, defendendo as garantias fundamentais e direitos políticos e sociais garantidos pela constituição federal.

2.3 DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

O tópico tem por objetivo tratar da distinção existente entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, que na atualidade é muito comum falar da Judicialização da Política como termo sinônimo de Ativismo Judicial. Portanto buscará analisar se existem diferenças tanto conceituais, quanto na forma de aplicação desses institutos jurídicos.

Apresentaremos então as principais diferenças e características de cada um dos institutos mencionados, com finalidade de tornar mais nítida a percepção do que é ativismo e seu campo de atuação.

Barroso (2008, p.06) explica que: “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”. O que podemos entender das palavras de Barroso é que o Ativismo e a judicialização da Política estão presentes em situações semelhantes, mas que, embora ambos sejam exercidos pelo Poder Judiciário, possuem características diferentes, e são exatamente essas características que vão diferenciar o Ativismo Judicial da Judicialização da Política.

Gonçalves (2013) expressa que a Constituição de 1988, foi forjada, sofrendo influência dos textos legais mais modernos de sua época e de uma forte e a

ampla participação popular, que consagrou um novo paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito que será abordado em nosso próximo capítulo.

O Estado Democrático surgiu então de uma releitura dos padrões dos modelos de Estado Liberal e Estado de Bem-Estar Social. No Estado Liberal, a liberdade era compreendida como toda atuação que não fosse contrária ao direito, ou seja, cada indivíduo poderia fazer tudo, desde que, a lei não trouxesse proibições expressas desses atos na norma. Com isso o Estado Liberal traz consigo a ideia de mínima intervenção na vida privada de cada cidadão.

Os ideais do Estado Liberal fixavam na separação de poderes e na busca de garantias de direitos fundamentais voltados a impor limites aos poderes do Estado, na medida que estabelecia uma conduta de exigência do Estado para que se participasse de forma mais efetiva dos direitos fundamentais. Bruno Henrique Gonçalves (2013) menciona que com a atuação do capitalismo no cenário social da época era inviável a distribuição de riquezas de forma balanceada, tornando assim, o sistema social da época decadente, mesmo resguardados os ideais de igualdade liberdade e propriedade com a não atuação do Estado, o modelo de Estado Liberal mostrou-se ineficiente.

Logo após a constatação desses fatos foi verificado que para que houvesse garantia dos direitos previstos na constituição, seria necessária uma participação mais firme na atuação garantidora por parte do Estado. Essas necessidades tinham como exigências primordiais a efetivação de direitos sociais atuando permitindo o acesso a saúde, ao trabalho, a educação, ao lazer dentre outros direitos, cria outro paradigma, o Estado de Bem-Estar Social.

A atuação do Estado do Bem-Estar Social estaria voltada a uma reorganização dos direitos de primeira geração já não tão eficiente no Estado Liberal pela interferência do capitalismo, ainda assume a responsabilidade de adotar uma estrutura paternalista, deixando o Estado se ser neutro e assumindo o Poder legislativo e Executivo o dever de criar políticas públicas para que a sociedade não sentisse o desequilíbrio gerando pela condição econômica estabelecida pelo capitalismo.

Por fim Gonçalves (2013) expressa que no Estado Democrático de Direito é inserido os direitos de terceira geração, que passa a ser conhecido como interesses difusos, como o direito comum de todos a um ambiente saudável, direito de proteção diferencia inerente as relações de consumo dentre outros. Na terceira geração o

Estado é convidado a atuar de forma ainda mais intensa na organização social, só que dessa vez buscando defender uma pluralidade de interesses que as garantias para a efetivação tornam-se essenciais em nível intergeracional.

Dessa forma Barroso (2008, p. 06) explica que:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

O que podemos entender como Judicialização da Política é que a Judicialização é um processo de sistematização Constitucional que proporciona que assuntos de larga repercussão política e social seja apresentada e discutida pelo Poder Judiciário. Temos assim, uma expansão de atuação do Poder Judiciário com relação ao Poder Executivo e Poder Legislativo, mas que não retira a prerrogativa de debates desses assuntos pelo Poder Legislativo.

Barroso (2008, p. 06) expõe que:

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. Entendemos dessa forma que a participação do Poder Judiciário em demandas relacionadas a políticas de efetivação de garantias fundamentais, é admitida e tem respaldo através do modelo constitucional voltado a resguardar os direitos de primeira, segunda e terceira geração, anteriormente mencionado, e que fazem parte das garantias fundamentais, e não pelo fato de nascer um interesse do Judiciário de intervir em causas relacionadas assuntos sociais de cunho político.

Na judicialização então temos, o poder judiciário sendo provocado a se manifestar a respeito de uma solicitação de direitos políticos e sociais, o juiz vai apreciar e manifestar-se de acordo com os pedidos formulados. O tribunal nesse caso julgará como em qualquer outra ação, respeitando o procedimento do processo a partir do que determina a lei, que nesse caso, observados os fundamentos constitucionais. É importante entender que no caso da Judicialização, a Judicialização da Política, não acontece a partir de um viés ideológico ou filosófico do Poder Judiciário, as decisões são tomadas observando o ordenamento jurídico.

Barroso (2008, p. 06) ainda explica que:

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.

No ativismo Judicial, o que ocorre é uma inovação no sistema jurídico derivado de uma interpretação de uma norma jurídica constitucional, onde se extrai um parecer da Constituição, sem que vigore uma análise do poder legislativo, normalmente essa atuação ocasiona a expansão do sentido do texto constitucional, sem que se crie ou modifique a norma da Constituição.

Esse fenômeno tenta justificativa na omissão do legislador, que não atua diante da eminente necessidade de atuação para que os direitos sociais e políticos sejam atendidos. Ainda é válido destacar que com a atuação do poder judiciário de forma ativista, há uma contribuição para que os direitos políticos e sociais cheguem a todos os cidadãos, mas com isso há também, o enfraquecimento dos movimentos sociais no campo da política, observa-se portanto, que um judiciário abarrotado de demandas de cunho político, por consequência terá pouco clamor popular para uma solução frente ao Poder Legislativo.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esse capítulo é uma resposta ao segundo objetivo específico, cuja proposta é a conceituação do Estado Democrático de Direito. O mencionado conceito trazido na atualidade sofreu uma banalização pelo excesso do uso do termo para situações mais diversas.

O Estado Democrático de Direito como vemos hoje é consequência de um longo processo de evolução na forma de organização social, visando a defesa de forma ampla dos direitos dos cidadãos, direitos que começaram a ser adquiridos no Estado Liberal, passando a ter a maior amplitude no Estado de Bem-Estar Social e ganhando ainda mais força garantidora no Estado Democrático de Direito.

Para conceituar o Estado Democrático de Direito, serão utilizadas noções conceituais doutrinárias dos autores: Lenio Luiz Strack, José Luiz Bolzan Moraes, José Afonso Silva, Adairson Alves dos Santos e Joaquim José Gomes Canotilho.

O capítulo foi dividido para melhor compreensão do assunto em quatro tópicos, onde além do primeiro já mencionado. Terá um tópico voltado a abordar a respeito do Princípio da separação de poderes, que tem importância basilar dentro do Estado democrático de Direito e consiste em um princípio fundamental dentro do nosso ordenamento Jurídico sendo o cerne da estrutura de governo trazido pela Constituição federal de 1988. Para tratar sobre tal princípio serão trazidas noções a partir de seu advento sua contribuição para diversas formas de governo até chegar ao nosso ordenamento jurídico atual. Em um tópico serão trabalhadas as funções típicas e atípicas desses poderes, conforme previsão constitucional.

Será finalizado o capítulo com o tópico tirania da maioria sobre as minorias, que buscará um paralelo entre a vontade da maioria representado pelo povo soberano que elege seus representantes de forma democrática e a possibilidade de tal situação desencadear uma democracia tirana, a partir de situações bem características em nossos dias. Abrindo a indagação se de fato tudo que nós temos como louvável dentro da noção bela de democracia de fato condiz com a realidade.

3.1 CONCEITUAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expressão “Estado Democrático de Direito” é muito utilizada pela sociedade de forma geral. Isso ocorre pelo fato do Estado deixar nítida sua atuação por parte do Poder Público, e por essa atuação ter um alcance muito ampla dentro de um território e também dentro das relações humanas. A terminologia “Estado Democrático de Direito” torna-se muito expansiva, tornando-o quase ilimitado. Por consequência a nomenclatura sofreu perdas significativas nos aspectos de compreensão conceitual, dessa forma temos um termo muito falado, pouco compreendido e de conceituação difícil por ter muitos sentidos remetidos ao termo.

Streck e Morais (2000, p. 92) explicam que “com a evolução do Estado Moderno, surge o Estado Absolutista e o Estado Liberal”. Streck e Morais (2000) tem entendimento de que o Estado Liberal se divide em dois: o Estado Legal e o Estado de Direito. Por sua vez, o Estado de direito se fragmenta em: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. O Estado liberal de Direito e o Estado Social de Direito, tem sua origem a partir da necessidade de adaptação social que objetivavam oferecer direitos e impor deveres aos cidadãos. Esses direitos e deveres eram inseridos na norma jurídica que regia a justiça nesse modelo de Estado.

A tentativa do Estado em proporcionar liberdade oferecendo garantias de direitos e cobrando os cidadãos se submetessem a deveres impostos pelo Estado, tão somente não demonstrou ser suficiente para solucionar o problema da igualdade que estava presente dentro da preocupação social que o Estado aderiu pra si. Os ideais de igualdade tem fundamento no conceito clássico de Estado de Direito, ou seja, associado ao Estado Liberal, que ao observar a generalidade das leis, elemento formal e abstrato como fundamento, vê que não há uma alteração na condição concreta da sociedade com relação à implementação da igualdade. Assim, passou a ter uma maior preocupação em promover a participação pública, uma participação que tivesse contribuição no processo decisório e na formação dos atos de governo, tendo em mente a participação igualitária.

A preocupação com o caráter democrático do Estado aumentou e tomou proporções tão grandes que Streck e Morais (2001, p. 92) expõem que:

se desenvolve um novo conceito, na tentativa do conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo a lei aparecendo como um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prolectivo de manutenção do espaço vital da humanidade.

A partir do surgimento desse novo conceito que ocorre dentro da concepção do Estado liberal de direito não houve apenas uma limitação do papel que o Estado passaria a desempenhar. Além de oferecer prestações a fim de garantir os ideais de igualdade, ocorreu uma ampliação da participação do povo na coisa pública, que por consequência ocorreram mudanças em grande parte do mecanismo de atuação do Estado, o mais importante deles, a lei. Streck e Morais (2001) explicam que a lei a partir do Estado Democrático passou a ter função de transformar a realidade e com a abertura que a democracia atual possui essa transformação da realidade social e possível seja pela ampliação dos direitos já existentes, seja pela criação de novos direitos.

O termo Estado Democrático de Direito traz dois conceitos diferentes que, quando estão juntos, expressa uma forma de estruturas tipicamente assumidas pelo Estado com características muito voltadas para as estruturas de Estado ocidental. Cada um dos termos possui uma definição própria e específica mas, quando ocorre a união dos termos não há como mensurá-los apartadamente por fazerem parte de um contexto, cuja nomenclatura aponta de forma muito específica para os parâmetros de funcionamentos do Estado.

Silva (2005, p. 119) coloca que “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito”. A nova expressão passa a ter sinônimos conotativos para uma nova realidade social que passa a se desenvolver diante de transformações ocasionando um novo parâmetro estrutural de Estado.

Santos (2018) explica que:

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito.

O Estado Democrático de Direito, dessa forma, é um conceito que se relaciona a um Estado em que existe uma preocupação inerente aos direitos humanos e às garantias fundamentais. Assim, através de uma proteção jurídica por meio da qual o próprio povo escolhe seus representantes e conseqüentemente, cria indiretamente essa proteção jurídica por decorrência da soberania popular. Deve ser exigida a garantia dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e políticos. Isso significa que, para um estado ser considerado um Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos devem ter proteção jurídica e ainda o Estado deve garantir essa proteção através de seus governantes.

No modelo de Estado Democrático de Direito, os governantes devem considerar o que está previsto na legislação, dessa forma, deve ser respeitado e efetivado o que a lei determina. Isso importa em expressar que as decisões não podem ser contraditórias ao que a norma determina. A legislação é o veículo pelo qual os direitos de caráter fundamentais dos cidadãos são efetivados, ou seja, com as próprias autoridades políticas, instituídas por meio do povo, sujeitando e respeitando as regras de direito especialmente estabelecida pela Constituição Federal.

Assim, o Estado Democrático de Direito é recepcionado em nosso ordenamento jurídico pátrio através do *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, esse modelo constitucional procura dissipar qualquer meio de opressão ou autoritarismo, buscando estabelecer uma sociedade justa e solidária onde todos estejam integralizados na vida do Estado de forma social e política.

Observando as regras constitucionais e primordialmente os direitos fundamentais de cada indivíduo. Esse modelo de Estado tem sustentação em essencialmente nove princípios as saber: o princípio da constitucionalidade, da democracia, da garantia dos direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade, da legalidade, da segurança jurídica, da separação dos poderes e da independência do Juiz. Silva (1992, p. 122) leciona:

a) *Princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular que, dotada de supremacia, vincule os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional; b) *Princípio Democrático*, que, nos termos da constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral

da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art.1º); c) *sistemas de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII); d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170 *caput* e no art.193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição, não prometeu a transição para o socialismo mediante a democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento também da democracia participativa, como fez a Constituição Portuguesa, mas com certeza ela abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica; e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput* e I) f) *Princípio da separação dos poderes* (art.2º) e *da independência do Juiz* (art.95); g) *princípio da legalidade* (art.5, II), h) princípio da segurança jurídica (art.5, XXXVI a LXXIII)

Os princípios podem ser entendidos como reguladores da justiça dentro do conceito de Estado Democrático de Direito, nesse sentido, qualquer ato que normativo que se manifestar contrário a esses princípios, deverá ser considerado inaplicável, caso contrário a norma estaria ferindo os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Uma das principais preocupações que os princípios tendem extirpar é o arbítrio no exercício dos poderes públicos, e passa a prever a obediência do poder ao direito, de dando a reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, que representam a materialização do ideal de justiça presente na Constituição de um Estado.

O Estado possui dimensões essenciais, Canotilho (2003) explica que, a primeira dimensão essencial é que um Estado de Direito tem por característica a de ser subordinado ao Direito. Isso significa dizer que o Estado está subordinado as normas Constitucionais, o que para Canotilho, é um estatuto jurídico do político. O Estado atua através do direito e o Estado está em todo tempo sujeito a uma ideia de justiça.

Em síntese o Estado de Direito é um Estado que vela pelos direitos fundamentais, garantidos por um conjunto de normas constitucionais, que vinculam o legislador a obrigação de observar o teor fundamental, podendo, ser anuladas em casos de inobservância, resultando declaração de inconstitucionalidade.

Cabendo destacar o princípio da legalidade da administração pública, ou seja, no Estado há obediência à lei por parte dos titulares dos órgãos públicos. Dessa forma os funcionários públicos bem como agentes públicos estatais, respondem por atos praticados em contrariedade à lei. Nesse caso, há uma responsabilização civil do Estado por eventuais danos causados a particulares. O Estado Democrático de Direito

tem por característica a garantia do acesso ao Poder Judiciário sempre que existir lesão ou ameaça grave aos direitos. Sendo observado o contraditório e a ampla defesa, bem como a opção de escolher um patrono, e, possibilidade de exigir assistência obrigatória de um advogado quando processado por algum órgão do Estado.

Desta forma, Estado Democrático de Direito pode se definir como uma sociedade política comandada por representantes eleitos através da soberania popular, ou seja, pelos cidadãos dessa sociedade, que busca em todo tempo zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, defender e resguardar as garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais previstos na Constituição Federal. Na sequência cabe analisar a ideia de separação de poderes.

Esse tópico abordou uma conceituação de Estado Democrático de Direito para que a partir dessas noções passemos a analisar a estrutura de um Estado Democrático de direito para assim verificar se o Ativismo Judicial oferece algum tipo de afronta a este tipo de estrutura de Poder.

3.2 SEPARAÇÃO DE PODERES

Piçarra (1989), explica que a ideia de separação de poderes é uma doutrina que remete a Grécia e Roma antiga, assim é possível entender que constitui uma das formas mais primitivas de organização do Estado, o intuito é a busca pela convivência harmônica dos que compõem esse sistema de organização, trouxe a necessidade de criação e cumprimento de normas impostas para fim de organizar a convivência em sociedade. Para isso, surgem instituições que serão responsáveis pela garantia da ordem estabelecida, a partir disso, começa a aparecer as primeiras noções de poderes de Estado, bem como a tripartição ou separação de poderes.

As primeiras noções em relação aos poderes do Estado surgem a partir das ideias que Aristóteles formulou a respeito do tema, quando elaborou conceitos a respeito dos órgãos e abordou sobre suas funções perante o Estado. Quando escreveu sobre a separação de poderes, analisou especificamente a existência de três poderes que seriam possíveis de se instituir em todo e qualquer sistema de governo. Esses poderes eram compreendidos pelo autor como: poder deliberativo, poder executivo e poder judiciário. Nesse sentido Aristóteles (2018):

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

(...)O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Para Aristóteles um modelo de Estado ideal era aquele que limitava o poder do governante, para tanto, ao dividir esse poder em três, o autor menciona o primeiro como poder deliberativo. O poder deliberativo deveria legislar sobre os interesses estatais, por meio de uma assembleia, que trataria sobre a paz, guerra, pactos, fazer leis ou mesmo extingui-las. Essas assembleias deveriam contar com a participação de todos os cidadãos, onde seus membros deveriam ser escolhido por eleição ou sorteio, escolheria assim, pessoas das mais diversas classes do Estado, embora apenas os magistrados eram dotados de direito a voz deliberativa.

O segundo poder Aristóteles denominou de magistraturas governamentais, responsável pelas decisões que diziam respeito aos negócios do Estado. O terceiro poder na constituição de um governo estaria voltado à ordem judiciária, cujos juízes deveriam ser escolhidos também por sorteio ou por eleição.

Maquiavel foi outro filósofo que contribuiu para uma separação de poderes em distintos órgãos. Maquiavel (2007) em sua obra “O Príncipe” abordou uma ideia de Separação de Poderes na França que consistia em dividir os poderes em três esferas distintas. O primeiro Poder seria o legislativo, que teria sua representatividade pelo parlamento da época. O segundo poder estaria representado pelo Poder Executivo, tendo como o chefe desse poder a figura do Rei. Por último, o Poder Judiciário que atuaria de forma autônoma aos demais poderes.

Montesquieu também trouxe profunda contribuição à teoria da separação de poderes. Lenza (2011) explica que em sua obra, “Espírito das leis” publicada em 1748, Montesquieu melhora a teoria criada por Aristóteles, abordando a ideia de três poderes harmônicos e independentes entre si, nomeados: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Lenza (2011, p.433) explica que:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.

A partir do mencionado, vemos que a teoria apresentada por Montesquieu, foi adotada pela maioria dos Estados modernos, onde houve uma redefinição do poder do Estado, este passaria a ser limitado. Montesquieu notou que o poder do Estado deveria ser fragmentado em funções específicas, e sendo distribuídas a órgãos de atuação independentes, dessa forma o poder do Estado sofreria limitação por ter seu poder repartido a órgãos que passaria a exercer atribuições previstas na norma.

A base da argumentação do Montesquieu está na liberdade e tentativa de evitar um poder tirano. Para Montesquieu (1998) não era possível haver liberdade se o Poder de julgar não estivesse separado do legislativo e Executivo. Caso o poder de julgar estivesse unido ao Legislativo, o poder com relação a vida e a liberdade dos cidadãos seria despótico: pois o juiz teria aspecto de legislador.

Ainda explica que, se estivesse junto com o Poder Executivo, o juiz chegaria a ter força de um opressor. Dessa forma estaria tudo comprometido se um homem ou um corpo de principais, nobres ou do próprio povo tivesse legitimidade de exercer os três poderes, ou seja, atribuições de fazer as leis, de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou lides dos particulares.

A separação dos poderes na atualidade apresenta-se como um princípio geral inserido no Direito Constitucional, que necessariamente deve ser um requisito a se observar para que seja identificado o Estado Democrático de Direito. A teoria traz como conceito essencial a separação de poderes como meio de controle e limitação de poder entre os órgãos que exercem funções estatais.

Desta forma a separação de poderes diferencia as três divisões do poder estatal em forma de funções, sendo: a função legislativa, administrativa e jurisdicional. Estas funções, por sua vez, estão distribuídas em três órgãos distintos: o Legislativo, Executivo e o Judiciário, que em conformidade com a Constituição Federal em seu artigo 2º, (Brasil, 1988) são independentes e atuam de forma harmônica entre si.

Canotilho (2003, p. 250), esclarece que:

o princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta prescritiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

A separação de forma funcional do poder ou comumente conhecida como separação de poderes é apresentada como a base estrutural de organização presente em qualquer governo democrático e traz por fundamento, a obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, embora quando mencionado existe uma tendência de associação de forma integral com a tripartição de poderes proposta por Montesquieu.

O princípio da separação de poderes utilizado no ordenamento jurídico, é um princípio muito mais amplo do que o modelo do filósofo francês. A separação de poderes é um modelo político que busca a melhor forma de governar um Estado, ou seja, pela divisão do seu poder em órgãos distintos e independentes, cada órgão especializado em uma característica área de governo. Cada órgão possui funções de atuação, sejam típicas de sua atuação, ou funções em que atuam em caráter atípico.

3.2.1 FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

Antes de abordar a respeito das funções típicas e atípicas dos Poderes, Silva (2001) explica que o conceito de “Poder” quando tratado a respeito de separação de poderes, refere-se ao poder político, ou seja, o poder que o Estado tem de organizar através da imposição de regras e limitação as funções que sejam finalidades desse Estado alcançar. O poder de teor político é um poder soberano, e busca a soberania do Estado, conseqüentemente desenvolve sua soberania de forma interna e externa, tendo por características principais três atributos essenciais do poder político que nas palavras de Silva (2001, p.111) “unidade, indivisibilidade e indelegabilidade”.

Silva (2001) defende que, o uso do termo “separação ou organização dos poderes” é uma expressão inapropriada uma vez que o poder político estatal tem característica de ser uno e indivisível. O que temos então, não é uma divisão, mas

uma repartição das atribuições básicas do Estado, a órgãos independentes e dotados de especialidade naquilo que lhe é atribuído.

Caracteriza portanto em uma divisão funcional do poder político do Estado, que recebe um nome de acordo com a atribuição que a esse órgão é concedido. Assim a função executiva deve ser atribuída ao Poder Executivo, a função legislativa ao Poder Legislativo e função jurisdicional que ficaria sob responsabilidade do Poder Judiciário. O termo Poder e função apresentam-se como sinônimos.

O Poder Legislativo tem por função típica em qualquer dimensão de governo, a atribuição de legislar. Menezes (1992, p. 250-251) explica que:

O poder legislativo é o que tem a função precípua de elaborar as leis, para a vida do Estado e conduta de seus jurisdicionados.
De qualquer maneira, o seu órgão, que nunca deixa de ser plural, representa permanentemente a vontade popular na feitura das leis e na reclamação de outras medidas necessárias à causa da coletividade.

Em outras palavras, o legislativo é um órgão responsável pela elaboração de leis, que refletem a vontade soberana do povo. Além das atribuições legislativas típicas já mencionadas, o Legislativo ainda é responsável pela fiscalização e controle efetivadas decorrente de pedidos de informações remetidos aos ministros de Estado ou a que estes estão subordinados; a criação de comissões parlamentares de inquérito visando a investigação de fatos que sejam relevantes para a política nacional; controle de forma externa com ajuda do Tribunal de Contas; apreciar e julgar as prestações de contas do presidente da república, as contas dos administradores no tocante a bens e valores públicos da administração direta e indireta.

O Poder legislativo, de acordo com arts. 51, IV, e 52, XIII da Constituição Federal, traz por função atípica em caráter administrativo, a atribuição concedida a cada uma das Câmaras, para versarem sobre sua organização, polícia e provimento de cargos e serviços específicos que se manifesta quando o Legislativo provê cargos, faz alocação de servidores, faz concessão de férias, promoção de servidores bem como outra diversidade de situações análogas.

Por função atípica jurisdicional, de acordo com o art. 52, I e II da Constituição Federal, existe a possibilidade do Poder Legislativo julgar crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República ou Ministros de Estado, observando que a Câmara dos deputados em regra faça o juízo de admissibilidade do

processo e que o Senado Federal atue como tribunal político, tendo sob a presidência, o presidente do Supremo Tribunal Federal. A Câmara dos deputados tem o dever de apreciar o juízo de admissibilidade do processo e o Senado federal, funciona como Tribunal do processo e julgamento de crimes de responsabilidade praticados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e Advogado Geral da União.

O Poder Executivo possui como funções típicas as que estão mencionadas no artigo 84 da Constituição Federal, BRASIL(1988) com exceção as descritas nos incisos III e XXVI. Tratam-se de atribuições inerentes ao exercício de chefia do Estado, chefe de governo e a busca pela efetivação e adequação anseios sociais e coletivos. Evidencia-se que o modelo previsto no mencionado dispositivo legal, com ausência das atribuições de chefia do Estado, são atribuídas em nível estadual e municipal, ao governo do respectivo estado e prefeitos de cidades.

Como funções atípicas do Poder Executivo, temos nos incisos III e XXVI do artigo 84 e também no artigo 68 da Constituição Federal, BRASIL(1988) que apresenta como atribuição legislativa a iniciativa para criar medida provisória e atuar por lei delegada. A função Jurisdicional compreende os recursos administrativos, nos quais a Administração Pública pratica o julgamento dentro do processo administrativo, respeitando o princípio da ampla defesa e podendo deferir pedidos, em diversas instâncias, com liberdade para criar uma diversidade de órgãos julgadores dentro da Administração Pública, inserida no poder Executivo.

No Poder Judiciário, as funções típicas são caracterizadas pelo exercício de jurisdição. Menezes (1992, p. 252-253), explica que: “a função do poder judiciário é julgar as contendas derredor de direitos e interesses, fazendo a interpretação da lei e a distribuição da justiça”.

Entende-se que a atuação do Poder Judiciário está pautada na aplicação da lei a situações concretas em que há litígios e, também, a proteção da autoridade das Constituições Federal e Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal bem como o julgamento dos processos objetivos de controle de constitucionalidade onde houver necessidade observando cada caso concreto.

O Poder Judiciário tem como função atípica, administrar o seu quadro de pessoal de forma semelhante aos outros poderes já mencionados e de legislar, no que tange a elaboração dos regimentos internos dos tribunais, leis no sentido material, conforme art. 96, I da Constituição Federal (BRASIL,1988).

Barroso (2008), explica que, a grande maioria dos Estados Democráticos existentes no mundo possuem em sua organização um modelo de governo que possuem referência a separação de Poderes, ou seja, possui a função estatal de legislar, criando assim o direito positivado, a função de Administrar, através da busca à concretização do Direito e efetivação da prestação dos serviços públicos e; a função de Julgar, ou seja, aplicar o Direito em situações em que se faz necessário à solucionar conflitos. Em conformidade com a separação dos poderes, essas atribuições são concedidas a órgãos distintos, especializados e independentes.

Explica Barroso (2008), que nada impede que o Legislativo, Executivo e Judiciário exerçam de certa forma, um controle recíproco nas atividades atribuídas em cada órgão distinto, na busca de impedir o surgimento de situações que ofereçam riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.

Barroso (2008, p.15) explica que: “os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos”. Na estrutura constitucional trazida pela separação de Poderes e inserida em nosso sistema político do Estado, expõe Barroso (2008) que a palavra final, ao se tratar de divergência na interpretação das normas constitucionais ou até mesmo legais, é do Poder Judiciário. Embora isso não queira dizer que toda matéria deve ser conduzida e decidida em um tribunal, muito menos que o Judiciário seja legitimado para resolver toda controvérsia.

Barroso (2008, p.16) expõe que: “a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos”. Por capacidade institucional entende-se pelo poder que encontra mais habilitado a produzir de forma eficiente a melhor decisão com relação a uma matéria específica. Em situações onde a temática envolve aspectos técnicos ou científico que possui uma grande complexidade, é possível que um juiz de direito não seja o árbitro mais adequado, até mesmo por eventual falta de informação ou conhecimento específico. Barroso (2008, p.16) explica que mesmo assim:

Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Assim mesmo um órgão que tenha atribuição plena para a função específica, pode a qualquer momento buscar auxílio em outros que aparentemente não tenha legitimidade na matéria.

Barroso (2008, p.16) explica que: “o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário”. Desse modo o juiz, por habilidade e destreza, geralmente se encontrará mais preparado a realizar a justiça no caso concreto. Barroso (2008) explica que: o judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve intervir. É necessário haver uma avaliação rigorosa da própria capacidade institucional, e a partir de então escolher não exercer o poder, nesse caso ocorre a autolimitação de forma espontânea, que na visão do autor, agrega grandeza ao órgão institucional a não interferência em situações em que o Poder funcional poderia o fazer.

Os resultados desse tópico foram que existem funções típicas e atípicas dos poderes e que em nenhuma hipótese existe como função atípica do Poder Judiciário de exercer o Ativismo Judicial. Mesmo com o princípio da separação dos poderes, as funções dos órgãos não necessariamente precisaram estar separadas, um órgão pode pedir auxílio a outro diante da necessidade apresentada no caso prático que possui complexidade elevada, passa-se agora a analisar a tirania da Maioria no Estado Democrático de Direito.

3.2.2 TIRANIA DA MAIORIA SOBRE AS MONORIAS

Já foi expresso que um dos princípios que rege o Estado Democrático de Direito é o princípio soberania popular. Tal princípio foi recepcionado na Constituição Federal Brasileira em seu artigo primeiro parágrafo único (BRASIL, 1988) que diz que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta constituição”. Dessa forma temos uma democracia pautada na soberania popular, e ainda possui como modelo a democracia participativa representativa, ou seja, o povo tem o controle do Poder político através do voto direto, que escolhe seus representantes, que por sua vez estarão dando respostas ao anseio popular.

Moraes (2007, p.131) explica que: “o Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito a autoridade pública aos direitos e garantia fundamentais”. Ao acolher o princípio da soberania popular como fundamento para tornar legítimo o exercício do Poder e ainda aumentar a participação popular nas decisões tomadas pelo Estado, a democracia traz consigo de fato um sentimento de que é justo que esse modelo seja assim, pois responde de imediato as necessidade sociais acarretando maior confiança e segurança popular com relação as autoridades políticas. Isso contribui para que o poder político democrático tenha um maior peso de legitimidade.

Entretanto, o regime democrático que temos, não encontra-se distante de um risco de se transformar em um regime que se fundamenta na lógica da massa, e ser regido por uma maioria numérica, onde a manifestação dessa maioria possa comprometer a liberdade e direitos de grupos que são minoritários em número. Onde esses grupos minoritários corre o risco de ficar escravo da massa que esconde sua “tirania” atrás dos ideais de soberania popular democrática e legítima, ainda fundamentando tais atos em uma Constituição que resguarda o direito a igualdade de cada cidadão.

Fato é que na democracia representativa prepondera-se a força do maior número de pessoas, sobre a força do número inferior, ou seja, a minoria. Segue assim, o princípio de que os interesses da maioria de pessoas necessariamente devem ser preferidos aos que compõe um número menor, por consequência isso faz com que o número menor, se torne vulneráveis, às decisões que são tomadas pensando na maioria, e que de certa forma, faz parte de uma representatividade desse grupo predominante. Tocqueville (1987, p.190) explica que “é da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto pois fora da maioria, nas democracias, não existe coisa alguma que subsista”. Assim, é possível entender o paradigma que cria, pois se não existir a maioria o próprio conceito de democracia ficaria comprometido, ao mesmo tempo que surge a questão de que uma democracia voltada exclusivamente para a maioria não consiste propriamente em uma democracia.

Mill (1981), teórico que se destaca em seus estudos e apontamentos em questões relacionadas a minorias, explica que um dos maiores riscos a democracia encontra-se na hipótese de uma única classe participar do Poder e utilizar o Poder de

legislar somente em favor dessa classe e deixar de lado aquele grupo que não o representaram. Não compreendendo assim, os anseios da população como organismo coletivo dotado de necessidades distintas. Para o autor, a maioria necessariamente deve ser ouvida, caso contrário pode haver uma falsa realidade de uma manifestação de igualdade. Embora em uma democracia igual, existe o direito de todos serem representados e assegurados, para tanto Mill (1981, p.72) acredita que em: “uma maioria de eleitores deveria sempre ter uma maioria de representantes; mas uma minoria de eleitores deveria sempre ter uma minoria de representantes.” A solução oferecida pelo autor e a concessão de poder de forma proporcional representatividade de cada partido na medida quantitativa do seu eleitorado.

Mas o grande questionamento encontra-se amparo no fato de que na atualidade, com o grande avanço da tecnologia e até mesmo o interesse popular voltados aos assuntos políticos, somados a facilidade de acesso aos assuntos debatidos e decididos pelo Legislativo, os próprios membros representantes do povo que compõe o Poder por vontade da soberania popular, são omissos em tomadas de decisões em assuntos que são complexos e polêmicos. Isso ocorre por haver um interesse político eleitoral, que a depender da decisão pode fazer com que se crie um certa rejeição desses com representantes pela maioria. Assim, até mesmo a ideia de proporção representativa partidária seria o suficiente para resolver o problema, e as minorias ainda assim, ficariam desguarnecidas dos seus direitos.

Portanto a grande massa representada pela maioria ganha proporções gigantescas, podendo corromper até mesmo os mais consagrados princípios Jurídico-políticos estabelecidos pelo Estado, que deixa de se atentar para valores que o próprio estabeleceu para si e passa a ser regido por opiniões e posicionamento da grande massa. Tocqueville (2004, p.12) explica que “os homens nas eras de igualdade, podemos prever que a fé na opinião comum se tomará aí uma espécie de religião, de que a maioria será o profeta.” Independente das leis políticas que regem a nossa sociedade a opinião comum caracterizada pela opinião da maioria pode se tornar mais forte que as leis criadas pelos representantes do povo.

Para Tocqueville (2004), a opinião da maioria tem a particularidade de ser ao mesmo tempo um elemento que apresenta-se como força, pois quanto maior manifestação de um grupo consolidado de pessoas mais forte é a democracia e junto com essa manifestação tem característica de uma fraqueza política, quando esse grupo majoritário olha apenas para o presente e esquece de lembrar do passado e

ignora as prescrições fundamentais que ao longo do tempo, diante de grandes conquistas foram inseridas na Constituição, e quando preocupada com os anseios do tempo presente, apenas se preocupa com a ampliação de direitos. Para Tocqueville é a opinião das grandes massas que compõe a maior de todas ameaças a liberdade, correndo o grave risco de ser transformada em uma autoridade absoluta gerida pela opinião da maioria, esmagando assim, as necessidades das minorias numéricas que apresenta de forma contrária ao pensamento da massa.

Tocqueville (2005) posicionou de forma a repudiar a ideia de que o povo na qualidade de maioria teria o direito de fazer tudo. Além de que o autor concordava que a afirmação de que fora através da vontade da maioria havia sido estabelecida a existência de todos os poderes, a vontade da maioria poderia se organizar e criar fortes noções de valores de justiça. Tocqueville também defendia que essa mesma maioria poderia se perverter de uma forma tão grotesca a ponto de mudar os belos valores de justiça que eles mesmos criaram em uma ordem jurídica tirana, transformando as relações de direito em relações de força, a força advinda da maioria.

Uma das formas de solucionar essas questões é apresentada por Tocqueville (2005) que acredita, que uma forma de se evitar a tirania da maioria sobre as minorias está em um Legislativo que apesar de ser eleito por essas massas majoritárias, e dando a elas a representatividade devida, seria necessária a criação de uma imunidade a militância de seus discursos, pois assim seria possível também se ouvir a minoria. Contar também com um Poder Executivo independente com força própria e um judiciário autônomo dos dois Poderes. A solução do autor nada mais é que uma apresentação do sistema de pesos e contrapesos entre os Poderes, o grande questionamento se faz em como tornar esse sistema de freios e contrapesos consolidado de forma prática em países como o Brasil, ainda em desenvolvimento e com uma democracia constitucional jovem como apresenta ser o nosso caso pátrio.

Na atualidade a Constituição de 1988, ainda encontra grandes dificuldades de concretização, essa afirmativa se sustenta pela grande incidência de injustiças sociais e precariedade por parte do poder público. O que acontece é que quando o poder público se apresenta inerte, seja por ser ineficiente ou por motivos eleitoreiros, abstendo-se de adotar políticas públicas que possam trazer um impacto nas urnas, essas demandas contendo direitos fundamentais acaba sendo levadas a apreciação do Poder Judiciário, isso cada vez mais tem acontecido atualmente, onde geralmente os temas são caracterizados por discussões de direitos não alcançados pelas

minorias. O Ativismo Judicial que é uma forma de atuação proativa do Poder Judiciário de maneira à intervir nas políticas públicas de função típica do Poder Executivo e Legislativo, que dia após dia apresenta-se como uma forma de autentico mecanismo de defesa contra a tirania da maioria em nosso país, mesmo tal atuação trazendo uma certa ameaça ao princípio democrático

Tocqueville (2005) explica que a violação de liberdades fundamentais de um coletivo que contém um número minoritário de integrantes pode ocasionar, ao decorrer do tempo, o seu desaparecimento, o motivo dessa extinção desse grupo minoritário se daria pela imposição de igualização pela massa majoritária, dessa forma, ocasionaria a retirada da humanidade desses indivíduos, para que todos possam comportar de forma padrão, com valores, costumes e habitualidades em comum, se a minoria numérica em últimos casos não usar do uso da força material contra a maioria tirânica. A fim de que a democracia funcione coletiva e sadia, é necessário a aplicação de instrumentos que venha retirar abusos, sendo importantíssimo a apresentação de garantias contra a tirania da maioria.

Com a apresentação de todos esses problemas que podem ocorrer dentro do regime democrático, o Ativismo Judicial, pode ser um escudo de proteção à grupos que apresentam vulnerabilidade, impedindo que ocorra um totalitarismo majoritário dentro da democracia. Por outro lado Barroso (2008) salienta que o abuso na pratica do ativismo pode colocar em risco a continuação de políticas públicas e ainda trazer serio comprometimentos ao próprio Estado. Assim existe uma linha extremamente tênue entre o uso do Ativismo Judicial para garantia contra a tirania da minoria e o abuso na pratica ativista que pode resultar sérios comprometimentos a estrutura do Estado.

Nessa linha, levando em consideração a defesa do Ativismo, Ávila (2009), defende que, não cabe mensurar a ideia de que o Poder Judiciário deve predominar sobre o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, pois apesar de todas as complexidades sociológicas existentes na modernidade em vivemos, esses dois Poderes estão posicionados em local estratégico para que ocorra a efetivação das leis, e por consequência a isso o Judiciário jamais poderá exprimir mais legitimidade democrática do que o Poder Legislativo, casa na qual se pode e deve respeitar e considerar a imensa multiplicidade de compressão de mundo e de valores. O ativismo judicial, embora apresenta atraente, traz no uso do mecanismo pratico um instituto difícil, pois, embora uma coletividade materializada em uma maioria completamente

livre para realizar ações contra as minorias e se tornar tirânica, não podemos ignorar o risco que a prática do Ativismo Judicial sem limites pode fazer com a Constituição Federal, um enfraquecimento grotesco pois se trata-se de autoridades não eleitas pela soberania popular.

4 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário brasileiro tem adotado de forma nítida uma postura ativista em suas decisões. É possível notar ainda que em sua maioria, as decisões que possuem caráter de Ativismo Judicial, geralmente relacionadas à busca pela efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Konrad Hesse (1991, p. 15), na tentativa de explicar o motivo pelo qual esse fenômeno vem crescendo, explica:

A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Portanto Hesse (1991) defende que o poder normativo que a Constituição Federal possui, não se limita a uma adaptação da realidade existente, mas a Constituição converte a si mesma em uma força ativa capaz de atuar. Apesar da própria constituição por si só, não poder realizar nada, essa força ativa é capaz de impor tarefas, e com a realização dessas tarefas é uma fonte estabelecidora de ordem e essa ordem por ela estabelecida, resolve todos os questionamentos e reserva proveniente dos juízos de conveniência.

Assim, a todo momento a Constituição pode exprimir e atuar em prol das interesses sociais e políticos. Acredita-se que a crescente atuação ativista do Poder Judiciário se dá pelos muitos casos complicados de difícil decisão ou pela omissão por parte do Poder Legislativo, que resultam em demandas apresentadas ao Poder Judiciário que por sua vez enxerga a necessidade de se cumprir com o que está prescrito na Constituição Federal, ou seja, uma Constituição que foi forjada com o objetivo de proteger as garantias fundamentais e direitos sociais.

Em virtude das constantes omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, no que se refere a funções constitucionalmente atribuída a esses poderes, o poder judiciário assumiu uma postura atuando de forma mais incisiva como garantidor de direitos.

Porém, ao tentar suprir omissões de atribuição de outros poderes, o Judiciário por consequência estende seus poderes para além das suas atribuições, funções dos Poderes Legislativo e Executivo que na atualidade vivem o que podemos chamar de crise institucional e democrática, se mantem inertes, na maioria das vezes, das suas funções constitucionalmente consagradas, além de gerar uma instabilidade no mundo jurídico, gera ainda um grande descredito na sociedade.

Diante dessa situação, o Poder Judiciário não pode se manter inerte quando provocado à agir, ainda mais diante da atribuição que lhe fora conferido pelo princípio da separação dos poderes, a de fiscalizar os poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido Strack (2007, p. 54-55) explica que:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

O Supremo Tribunal Federal, no Brasil tem caracteriza de guardião da Constituição Federal. Atualmente, é nítida a ocorrência constante de transferência para Supremo Tribunal Federal a competência para se manifestar sobre temas de extremada relevância para o país, a título de exemplo, pesquisas sobre células-tronco, relações homoafetivas, demarcação de terras indígenas, aborto de feto anencefálico, dentre outras.

Cambi (2008) explica que, se a constituição está acima de todas as funções do Estado, deve o Poder Judiciário assegurar a efetividade dos direitos Fundamentais, mesmo diante da possibilidade de zonas de tensões entre os poderes, pois não deve o Judiciário ser mero carimbador das políticas tomadas pelo Legislativo e Executivo.

O Poder Judiciário é chamado para atuar na função de corrigir os desvios na consecução das finalidades a serem alcançadas para que sejam protegidos os

direitos fundamentais. Para isso, não deve o Judiciário, se condicionar a rigorosa legalidade, devendo ao lado do Poder Legislativo e Executivo assumir a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado.

Portanto em decorrência da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, a cada dia se tem alimentado uma expansão judiciária no que se refere ao ativismo; em defesa dos preceitos constitucionais prolatam-se decisões que suprem omissões e, muitas vezes, inovam a ordem jurídica. Direitos básicos como acesso à saúde e à educação necessitam de uma resposta eficaz quando requeridos pela população. Contudo, o Poder Judiciário vem se tornando um meio fundamental de acesso a estes direitos, por virtude, principalmente, da impossibilidade dos magistrados de se ausentarem do dever de decidir sob a justificativa de omissão da lei. O ativismo, assim, passa a ter consequência lógica da atividade jurisdicional, e deve ser aplicado para fornecer uma efetiva resposta à sociedade

4.1 DIREITO À UNIÃO HOMOAFETIVA

Precisamente no dia 5 de maio de 2011, uma decisão trouxe grande repercussão no Brasil, apresentando-se como um marco histórico e gerando bastante polêmica. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, decidiu pela possibilidade de celebração da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A união homoafetiva deixou de ser vista como uma sociedade entre pessoas e passou a ter reconhecimento de entidade familiar. Após o advento dessa decisão os casais que do mesmo sexo passaram a ter os mesmos direitos garantidos a casais heterossexuais no regime de união estável. Dentre os direitos que eles adquiriram estão o direito a pensão e herança em caso de morte do companheiro(a), divisão dos bens em caso de separação ainda pensão alimentícia no mesmo caso, dentre outros.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se deu por meio de duas ações; a Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADIN 4277, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132. A Procuradoria-Geral da República ajuizou a mencionada ADPF com a finalidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e que após esse reconhecimento fosse dado também o direito de reconhecimento como entidade familiar equiparando-se assim, aos direitos

adquiridos por pessoas em uniões entre casais heterossexuais. O principal argumento trazido pela ADPF, no voto do ministro relator Ayres Brito (2011, p.07) foi:

- a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;
- b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica;
- c) é cabível in casu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexistente qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade.

Posteriormente a mencionada decisão foi tomada na ADIN 4277, cuja decisão favorável ao pedido se deu fundamentada no fato de que o não reconhecimento da união estável homoafetiva feria os preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição no que se referia ao princípio da igualdade, da liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ambas decisões julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, tem extraordinária importância para a efetivação dos direitos fundamentais, de um grupo de pessoas que em seu cotidiano conviviam com seus direitos básicos de cidadãos violados em decorrência do preconceito da sociedade e conseqüentemente a omissão do Estado em proporcionar mecanismos de proteção e garantias desses direitos.

No dia 14 de maio de 2013, dois anos após o julgamento já mencionado, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, deliberou através da resolução 175, que concedeu o direito de em todos os cartórios do país, celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo apesar de não estar contido no texto constitucional, é possível afirmar que o Estado Brasileiro reconhece a união homoafetiva como instituição civil e reconhece também como instituição familiar com efeito *erga omnes* e ainda através da resolução 175 do CNJ, proíbe que autoridades neguem a realização de casamentos entre casais homo afetivos em cartórios de registro civil.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF 132 expressa que (2011, p.160, 172):

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois espera que o legislador autêntico venha atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal esteja dando uma resposta em caráter positivo.

(...)

Isso não nos impede de verificar esses direitos em nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade em concordância com outros princípios e garantias constitucionais. Nesse sentido é possível destacar, os fundamentos: da cidadania e dignidade da pessoa humana.

Com nesses princípios, não seria possível manter uma interpretação que viesse restringir direitos, para o Ministro a decisão seria favorável ao caso pelo fato do dispositivo revelar uma proibição e não permissão ao gozo de direitos fundamentais. E essa permissão se daria com base nos princípios constantes na Carta Magna e não em uma mera interpretação em que não continha mencionado os direitos a essa classe social, por virtude da cultura de sua época.

Percebe-se, assim, a atuação do Poder Judiciário através da Suprema Corte do país, atuando como garantidor de direitos, e cumprindo o papel democrático, frente a omissão e inércia dos poderes constituídos através da legitimidade popular, mesmo tal poder não contendo essa atribuição.

Aqui neste tópico podemos constatar que o Ativismo Judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal no caso da concessão do direito a união homoafetiva não trouxe um malefício à estrutura do Estado Democrático de Direito, o que houve foi uma integralização de outras classes sociais aos direitos que era de todos e embora sendo de uma coletividade, ainda assim, excluía uma classe por discriminação de gênero.

Nesse caso em específico podemos ver que o instituto do Ativismo realizado pelo STF contribuiu como um agente de expansão da norma constitucional com finalidade de alcançar uma classe que estava ausente de um direito. Para que tenhamos resposta para nossa problemática podemos dizer que nesse caso em análise o Ativismo fez com que os direitos e garantias fundamentais, princípios característicos do Estado Democrático de Direito, chegasse até ao gênero homoafetivo.

4.2 DIREITO A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO

Em nossa sociedade, onde a influência da cultura judaico cristã é predominante, falar sobre aborto é sempre tocar em um assunto muito sensível, evidencia-se que o aborto no Brasil, consiste em crime, configurando um atentado contra a vida do nascituro. Porém, houve uma forte discussão se a antecipação do parto em situações nas quais o feto teria de forma comprovada a anencefalia ainda em caráter gestacional era considerado aborto ou não. O questionamento levantou debates de gigantesca proporção, onde no cenário dos infundáveis discussões encontravam-se o movimento feminista, médicos, os representantes dos direitos humanos e religiosos, cada um desses grupos defendendo suas convicções.

Segundo Freitas (2011) explica que a anencefalia consiste em uma grave malformação do feto, que ocasiona fechamento do tubo neural, estrutura que forma o cérebro e medula espinhal, deixando assim, o cérebro exposto, a líquido amniótico afeta a massa encefálica impedindo o desenvolvimento do cérebro, o que leva consequência de na melhor das hipóteses vida em estado vegetativo, sem possibilidade de tratamento ou cura. Na grande maioria dos casos o feto deixa de apresentar batimentos cardíacos ainda no período de gestação, pouquíssimos que alcançam o momento do parto, sobrevivem fora do útero por algumas horas. Ainda destaca que o diagnóstico de anencefalia por ultrassom é 100% preciso e perfeitamente possível de ser diagnosticado no primeiro mês de gestação. Freitas (2011, p.17), aponta que:

Segundo a Organização Mundial da Saúde o Brasil é o quarto país do mundo em partos de anencéfalos, depois do México, Chile e Paraguai. Esta é a segunda malformação mais comum no país. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) apontou, em 2008, uma incidência da ordem de 18 casos para 10 mil nascidos vivos, taxa cinquenta vezes maior que a observada na França.

No ano 2004 houve um caso, que necessitou de autorização judicial com finalidade de que se interrompesse a gravidez, e esse caso acabou por chegar a apreciação do Supremo Tribunal Federal. O caso em tela era de uma jovem de 18 anos, residente no município de Teresópolis, Rio de Janeiro, com diagnóstico comprovado de feto anencefálico. Um acontecimento curioso é que o parto seguido

da morte da criança com apenas sete minutos depois de realizado, ocorreu antes que a Justiça chegasse a prolatar uma decisão. Freitas (2011) explica que:

Motivados pelo caso da jovem, o Conselho Nacional dos Trabalhadores em Saúde, o CNTS, juntamente com a organização não governamental, a ANIS, Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero apresenta a Suprema Corte, em Abril de 2004, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, (ADPF).

Os pedidos proposto na ADPF era que o Supremo Tribunal Federal, pudesse definir como constitucional o direito de antecipação terapêutica do parto (interrupção da gravidez) nos casos de anencefalia.

A CNTS apresentou-se desesperada com a probabilidade de ter seus profissionais da área de saúde criminalizados, na hipótese de terem por decisão medica que interromper a gestação de fetos anencefálicos, de modo que no ordenamento, a previsão para tais atos, ao mesmo tempo que não havia segurança jurídica sobre o assunto. O pedido era que a questão fosse regulamentada e que autorização para a interrupção do parto na situação já mencionada, quando houvesse consentimento da gestante. A classe médica entendeu que, em se tratando de fetos anencefálicos, não há em o que se falar em aborto, pois esse termo conota a possibilidade de vida extrauterina o que, em casos de bebês anencefálicos, não acontece.

Ao fazer análise do pedido, o ministro relator, Marco Aurélio Mello, concedeu uma liminar aprovando então a Arguição de Preceito Fundamental, ADPF 54, permitindo que tal tivesse vigor no prazo de três meses. Dessa forma, em um período de tempo entre julho e setembro de 2004, a gestante que em caso de anencefalia diagnosticada, que desejasse interromper a gravidez, não precisaria de suprimento judicial para o fazer. Freitas (2011, p.18) explica que:

a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) iniciou forte campanha contrária e em outubro a liminar foi cassada pelo plenário do Supremo, sob a alegação de que era preciso analisar a adequação de uma ADPF como instrumento jurídico para tal matéria.

Em contexto de grandes debates públicos a respeito da situação, foi realizada audiências públicas na tentativa dar subsidio ao julgamento. Freitas (2011, p.19) especifica que:

Ao todo foram realizadas quatro sessões, no segundo semestre de 2008, nas quais pela primeira vez na história, o STF ouviu testemunhos pessoais, além das exposições técnicas, científicas e jurídicas sobre o tema. Com 17 depoimentos a favor e nove contrários, a data do julgamento foi adiada e permaneceu sem previsão.

Em 2009, a Advocacia Geral da União, emitiu um parecer favorável ao caso, defendendo a possibilidade de ocorrer a antecipação terapêutica do parto anencefálico, trazendo assim, uma expectativa pela aprovação da ADPF 54. De outubro de 2008 ao início de 2011, o processo ficou parado aguardando entrar em pauta. Foi em março de 2011, que o ministro Marco Aurélio, exibiu seu relatório, descrevendo o processo e pediu assim para que fosse aberta pauta para julgamento do mesmo. O então presidente, ministro Cezar Peluso, marcou o julgamento para o dia 11 de abril.

Nos dias 11 e 12 de abril, compareceram 11 ministros do Supremo Tribunal Federal e aprovaram com oito votos favoráveis e dois votos contra o direito a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia.

O relator, ministro Marco Aurélio Mello (2012, p.33,34) ao proferir seu voto expressa:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

(...)

a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição.

O ministro frisou um ponto pertinente, o de que no julgamento estava contido alguns interesses onde além dos interesses legítimos da mulher, inerentes a sua dignidade, saúde, qualidade de vida, liberdade e direitos relacionados a dignidade da pessoa humana, estava confrontando os interesses da sociedade, interesses esses que partiriam de ideais religiosos, onde a grande maioria dotados de influencias

judaico-cristã buscavam defender a manutenção da vida , a partir de seus padrões éticos e morais.

Contudo mesmo com a comprovação que a anencefalia configurava uma doença letal, com baixa chance de sobrevivência do feto no período gestacional e quase absoluta impossibilidade de sobrevivência após o parto, ainda assim a grande massa se mantinha de forma tendenciosa a não aceitar que os direitos a antecipação terapêutica da gravidez em caso de anencefalia viesse acontecer.

4.2.1 REDUÇÃO AO DIREITO DO FORO PRIVILEGIADO DE SENADORES E DEPUTADOS FEDERAIS

Na atualidade o Brasil vem enfrentando sérios problemas no que se refere a estrutura estatal. Uma grande parte desses problemas está no grande índice de corrupção, que a cada dia tem tomado proporções alarmantes no nosso país. Através do aumento da corrupção, há uma consequência devastadora na vida de milhares e milhares de Brasileiros, aumento da desigualdade social e por consequência uma descontentamento e indignação por parte da população, que faz com que a sociedade encontre em meio de uma crise política, diariamente o brasileiro se depara com manchetes de desvio de recursos públicos, fraudes em empresas estatais, aumentos de impostos e em contra partida, não há uma resposta a concretização de direitos fundamentais que estão previstos na Constituição Federal, recursos básicos como saúde, educação , moradia, segurança, trabalho, estão deixados de cumpridos pelo problema que advém da corrupção.

Bortolon (2017, p.08) explica que:

O problema do país nunca foi a ausência de leis, mas sim o cumprimento e a efetividade destas que fomentam a pratica de condutas ilícitas. Atualmente, a operação Lava Jato está demonstrando ser uma verdadeira exceção à regra, podendo ser considerado um marco histórico da intolerância às práticas de corrupção e a à impunidade existente no país.

Com a operação Lava Jato, se tem discutido a respeito do foro por prerrogativa de função, se tal prerrogativa está privilegiando uma pequena parcela da sociedade de uma responsabilização criminal decorrente de ilicitude. Com isso o cidadão comum estaria sendo processado por um juiz de primeiro grau e os políticos

e o mais alto grau de agentes públicos tem garantias excessivamente asseguradas por um tribunal.

Bortolon (2017) aponta levantamentos realizados pela Associação Nacional dos Procuradores da República que traz dados alarmantes, cerca de 22 mil autoridades tem direito a garantia de foro especial o foro de prerrogativa deveria ser exceção, mas nesse caso tem caráter de regra. Assim o Supremo Tribunal Federal deixa a atribuição de guardião da Constituição em segundo plano, e se sobrecarrega com processos criminal, processos estes que tal Tribunal não possui uma melhor capacidade técnica quando comparado a um juízo de primeiro grau.

Ao mesmo tempo que acontecia os debate no Supremo Tribunal Federal, tramitava no Congresso Nacional a PEC 10/2013 que possuía como objetivo alterar o texto constitucional no que se referia a foro de prerrogativa de função, permitindo assim a possibilidade de garantias apenas para o Presidente dos Três Poderes e ao Vice-Presidente da República, a proposta de emenda já havia sido aprovada de forma unanime pela casa do Senado Federal. Dessa forma, caso a Câmara dos Deputados decidisse aprovar a Emenda Constitucional, a referida prerrogativa passaria a deixar de existir, passando a ser possível em casos excepcionais para o Presidente da República, Vice-Presidente e os presidentes dos outros poderes, ou seja, da Câmara Legislativo, Senado Federal, e Supremo Tribunal Federal.

No dia 03 de maio de 2018, o plenário do supremo tribunal federal decidiu a respeito da restrição do foro privilegiado, para limitar assim o alcance do foro por prerrogativa de função. Tal decisão foi no julgamento por questão de ordem na ação penal, AP 937, que tinha por ementa a limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes realizados no cargo ou em razão dele. O Supremo no julgamento por questão de ordem apresentado pelo ministro relator Luís Roberto Barroso, trouxe o caso abordado na ação penal contra o prefeito Marquinhos Mendes, que foi cassado na cidade de Cabo Frio, município do Rio de Janeiro, que ao ser Deputado Federal até o ano de 2016, deu ensejo ao processo no Supremo Tribunal Federal.

O processo deu início em 2008 e está relacionado a compra de votos em sua campanha eleitoral. O processo já passou por diversas instancias por decorrência do foro, ou seja, cada vez que o político mudava de cargo, o processo corria em uma instancia diferente. Conforme a denúncia, no ano de 2008, o então candidato entregou notas de cinquenta reais, juntamente com produtos frigoríficos para eleitores, quando ainda candidato a prefeito do município de Cabo Frio. Então afim de sanar essa

situação que se perdurava no tempo por dez anos, foi solicitada através do Ministério Público, um Pedido de ordem na ação penal, AP 937.

A votação foi unânime no que se referia a limitação do foro dos membros do Congresso. Porém no que se tratava de limites a essa restrição houve divergências. O voto do Relator ministro Barroso (2018, p.21) expressou:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

A proposta apresentada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que foi julgada dando deferimento, e de não se mudar de instância processos que tenha conclusos o final da fase de instrução processual, ou seja, a última fase antes do julgamento de uma ação, assim, se um político estiver respondendo um processo no Supremo Tribunal Federal, e deixar o mandato tendo terminado a fase de instrução, independente do motivo, essa autoridade política deverá ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. O fundamento para tanto está na tentativa de não trazer morosidade no processo ao envia-lo a primeira instancia.

Uma outra mudança se encontra no fato de que após essa decisão, o Supremo Tribunal Federal, ficará responsável em julgar apenas ações ou inquéritos de possíveis crimes que tenha sido cometido por senadores ou deputados federais, durante seus mandatos parlamentares, e esses crimes ou investigações devem estar relacionadas tão somente à suas atuações no Congresso, ou seja, relacionadas ao exercício de sua função. Existia também a discussão sobre a retirada do foro privilegiado para algumas autoridades deixando-a somente para o Presidente da República, Vice-Presidente, Parlamentares e Presidente dos Poderes, porém a decisão que foi tomada refere-se apenas a parlamentares.

É de suma importância destacar o voto do Ministro Mendes (2018, p.04):

Sob esse aspecto, destaco os riscos envolvidos no afazer legislativo que exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos “estritamente jurídicos”, colhe também variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, e não pode nunca

desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo.

As mesmas considerações valem para a jurisdição constitucional. Também não podemos deixar de lado os riscos das decisões judiciais dessa Corte Suprema, isto é, as consequências sociais, econômicas, financeiras e jurídicas dos nossos julgamentos. Devemos considerá-los com ainda mais razão em relação àquelas decisões cujos efeitos transcendem os limites subjetivos da causa.

O ministro ao se posicionar em seu voto, destaca o risco do posicionamento Ativista que o Supremo Tribunal Federal tomou ao decidir a redução do foro por prerrogativa de função. Afirmando que a Suprema Corte, deveria deixar nesse caso específico a atuação para o Poder legitimado agir, ressaltando a possibilidade de serias consequências sociais, econômicas, financeiras e jurídicas que poderia surgir a partir do julgamento em que estavam prestes a realizar. O Ministro Mendes (2018, p.04, 05) explica que “há que se ter muito cuidado ao estabelecer orientações que, ainda sob o manto da interpretação constitucional, alteram substancialmente as normas que se extraem da Constituição”. Afirmando o ministro que nesse caso o STF não estaria interpretando a constituição mas sim reescrevendo-a.

O ministro Gilmar Mendes (2018, p.10) ao mencionar em seu voto que, o foro por prerrogativa de função: “É apresentado como a solução para desafogar os tribunais, acelerar a punição de poderosos, afastar influências políticas dos processos penais”. Diante de tal afirmação podemos entender que atualmente não se apresenta como uma solução viável uma autoridade política detentora de grande influência ser investigada e julgada por uma comarca, pois assim, o risco de impunidade dos poderosos pode ser ainda maior. Com isso podemos ver maior coerência nas críticas levantas pelo Ministro Gilmar Mendes ao ir contra a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse caso Especifico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a realização deste trabalho, o autor assumiu o desafio de verificar se o Ativismo Judicial representava afronta ou fortalecimento ao Estado Democrático de Direito.

As dificuldades que se apresentaram para que a problemática fosse resolvida, estavam na necessidade de definição do Ativismo Judicial, como era aplicado, por quem era aplicado, e em que casos eram aplicados. Então em primeiro momento a pesquisa se direcionou a uma análise do que viria a ser a definição do que é Ativismo Judicial.

Concluimos que Ativismo Judicial é uma participação atípica do Poder Judiciário na atuação de forma interpretativa da Constituição, que lhe confere uma ampliação de direitos. Ao realizar tal função o Poder Judiciário na maioria dos casos age em defesa da efetivação de políticas públicas e garantias de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, mas ausentes o amparo no texto constitucional de forma expressa para alguns casos específicos pelas mudanças contínuas da sociedade e também em alguns casos por omissão do Poder Legislativo.

A maior complexidade em conseguir ter um bom resultado na pesquisa do que é Ativismo Judicial, está no fato do tema ser muito polêmico, antes mesmo dos doutrinadores definirem o que é ativismo judicial, já começam a realizar críticas ao instituto e por muitas vezes autores confundem Ativismo com judicialização quando não abrangem ambos em uma mesma categoria. Para tanto, ficou-se definido que Ativismo Judicial e Judicialização da política não são a mesma coisa.

O segundo objetivo específico que foi alvo dessa obra monográfica foi a pesquisa levantada trazendo a conceituação de Estado Democrático de Direito. Por Estado Democrático de Direito entendemos que é um sistema de governo, que possui em uma sociedade política um povo soberano, que de forma democraticamente escolhem seus representantes para criar leis, ou seja normas que irá dizer o direito, garantir o direito à liberdade, e impor deveres em detrimento a liberdade do outro.

Uma característica desse sistema de organização Estatal está na separação de poderes, onde se é dividido o Poder do Estado em funções e cada função ganha uma nomenclatura relativa a sua função a desempenhar a saber Poder

Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Esses poderes para melhor desempenhar seu papel e limitar o Poder Estatal, atuam de forma autônoma e independente entre si, ao mesmo tempo em que devem atuar de forma harmônica, contando com funções típicas e atípicas podendo todos eles legislar, administrar e julgar limitando essas atribuições a sua organização interna, ou em casos previstos pela constituição.

Um objeto de preocupação nessa pesquisa ainda dentro do Estado Democrático de Direito, foi uma das características que é bem marcante nesse sistema de Estado, que é a soberania popular. A soberania popular apresenta uma dualidade impressionante, ao mesmo tempo que a soberania de um povo nas decisões políticas do Estado é algo característico de uma democracia forte e bem estabelecida, também pode ser um sintoma de que o povo como massa na tomada de decisão está sendo tirano ao deixar de considerar a vontade das minorias. Diferente da democracia participativa, na democracia representativa a tirania acontece na maioria dos casos com a omissão do Legislador que deixa de criar lei que vai à defesa de um grupo minoritário de pessoas, por medo do que pode ocasionar como consequência eleitoreiras.

E por esse motivo no nosso ordenamento jurídico, algumas políticas públicas e garantias de direitos fundamentais, que é um dos motivos primordiais que levou-se o Estado evoluir de Estado Liberal, para Estado de Bem-Estar Social e posteriormente para Estado Democrático de Direito, foi para os direitos fundamentais e políticas públicas alcançassem a todo inclusive as minorias. Se a opinião da maioria não permitir a efetivação de direitos das minorias temos dentro da democracia uma tirania, a tirania da maioria sobre as minorias.

Uma das barreiras mais eficientes contra a tirania da maioria é o Ativismo Judicial, Como o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática, o povo não exerce sobre ele pressão para tomada de decisão, nesses casos o Judiciário está sempre mais preparado à lidar com a situação, e garantir os direitos fundamentais e políticas públicas que em muitos casos o Poder legitimado não o faz com medo daqueles que os elegeram, ou seja, do clamor popular.

Vale também destacar que assim como em uma democracia onde a vontade da maioria oprime a minoria, configurando assim a tirania da classe dominante contra as minorias, e por consequência resulta em um enfraquecimento da democracia, o Ativismo Judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, um órgão

jurisdicional, não detentor de legitimidade democrática, também constitui um risco para a democracia estabelecida no Estado Democrático de Direito.

Se a atuação da Suprema corte do País se der de forma desordenada tomando partido a toda e qualquer caso em que não possui legitimidade para tanto, pode ocasionar risco maior que a tirania da democracia. Dessa forma a atuação do Supremo Tribunal Federal tem que ser uma atuação autocontida, e que busque apenas efetivar os princípios que norteiam a Constituição Federal tais como a efetivação de garantias fundamentais e políticas públicas.

Vale destacar que para obter a resposta se uma decisão Ativista advinda do Supremo tribunal Federal ofende o Estado Democrático de Direito, é precisamente necessário que se analise caso a caso, observando quais são as motivações de cada pedido, diante do texto Constitucional, observando também o contexto social em que a decisão pretende alcançar bem como os impactos que essa decisão poderá alcançar sobre os demais Poderes, para então, só então poder definir se o Ativismo Judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal cumpre o papel democrático e contribui pro fortalecimento ou enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Encerramos essa pesquisa apaixonado pelo Direito constitucional, pelo sistema de governo que temos em nosso país e com o forte desejo de continuar a presente pesquisa, agora a partir de um viés de pesquisa de campo, para se levantar as decisões Ativistas realizadas pelo Supremo Tribunal que foram em defesa das classes minoritárias, observando a atuação da Suprema Corte em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria e Editora, 2001.

ARISTÓTELES. **A Política**, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A Política**. Trad. De Roberto Leal Ferreira. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf> Acesso em 09/05/2018

AURÉLIO Marco. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº54**. Relator: min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 24/05/2018.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008.

_____. Luís Roberto. Voto In BRASIL. **Questão de Ordem na Ação Penal 937**. Relator: Luis Roberto Barroso. Autor: Min. Público Federal. Reu: Marcos da Rocha Mendes disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf> >. Acesso em 30/05/2018

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1997

BORTOLON, Vanessa T. **A restrição do foro por prerrogativa de função e a força normativa da Constituição em tempos de lava jato**. Florianópolis. CONPEDI, 2017.

BRASIL, 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em maio 2018.

BRITTO, Ayres. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 630.147 Distrito Federal**. Recorrente: Joaquim Domingos Roriz e outros. Recorrido: Antônio Carlos de Andrade e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Redator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão em 29/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico DJe - 230 Publicado em 05/12/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629925>>. Acesso em 27/02/2012.

_____, Ayres. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 633.703 Minas Gerais**. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 23/03/2011. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 219 Publicado em 18/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 27/02/2012.

_____. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº132**. Relator: min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 24/05/2018.

_____. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Recorrente: Procuradoria Geral Da União. Recorrido: _____ Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 24/05/2018

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 4. ed. Bauru: Edipro, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativíssimo parlamentar?** Jus Navigandi, teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar>> . Acesso em: 13 abri. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático**. In **Estud. av.** [online]. 2000, v. 14, n.38, p. 307-320. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100018&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000100018>. (Acesso em 27/04/2012)

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos**. CARVALHO, Hermínio A. (trad.). 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Versão eletrônica

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/eleitoral.html#3>>. (Acesso em 27/04/2018)

FREITAS, Angela. **Aborto: guia para profissionais de comunicação**. Recife: Grupo Curumim, 2011.

FIQUEIREDO, Marcelo. **O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, jul. 2007.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da Judicialização da Política ao Ativismo Judicial: Uma análise do Protagonismo Judicial- em busca de uma legitimação da decisão jurídica**. Pouso Alegre- Minas Gerais: Faculdade de Direito Sul de minas, 2013 (dissertação)

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBGE. **Sinopse do Censo Demográfico 2010**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_4.pdf>. (Acesso em 27/03/2012)

JUNIOR, Aldir Passarinho. In BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Ordinário** 4.995-41 Relator: Aldair Passarinho Junior. Agravante: Antônio Claudio Godinho. Agravado: Januário José pinheiro. Minas Gerais. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_stjtse-2011_7_capInelegibilidade.pdf>. Acesso em 27/02/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALTAROLLO, Adriano de Sousa. **Sistema eleitoral brasileiro: um estudo do caso da Lei das Inelegibilidades**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad.: Pietro Nasseti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. Nº. 49.

_____. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar. Voto In BRASIL. **Questão de Ordem na Ação Penal 937**. Relator: Luis Roberto Barroso. Autor: Min. Público Federal. Reu: Marcos da Rocha Mendes disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 30/05/2018

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

MORAIS José Luiz Bolzan de, **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996

PEREIRA Claudia Cristina; OLIVEIRA Pamela Danelon Reina Justen de, SILVA Roselia Furman Carneiro da. **Ativismo Judicial: A influência do Common Law**. Revista CONPEDI, Campo Grande. 2017

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo:Saraiva, 2010.

SANTOS, Adairson Alves dos, **O Estado Democrático de Direito**, Disponível em: < http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143 >. Acesso em 03/05/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. José Afonso da Silva. – 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed., r e v. e atual.; São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TASSINARI Clarisse. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2013

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987.

_____. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. Tradução de Eduardo Brandão; Vol. II – 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. Vol. I – 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal**. Curitiba: Juruá, 2009

VERSIANI Arnaldo. In BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Brasília. **Recurso Ordinário 1616-60 Distrito Federal**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ro-161660-recurso-joaquim-roriz-decisao.pdf>>. Acesso em 27/02/2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.