

# A LEGITIMIDADE DO “ATIVISMO JUDICIAL” AOS OLHOS DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO: UM ESTUDO VOLTADO À GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa\*  
Gilberto Andreassa Junior\*\*

1. Introdução. 2. Fundamentos teóricos à judicialização da política: 2.1. A teoria da separação dos poderes: do Estado Liberal ao Estado Social; 2.2. Ativismo para concretização dos direitos fundamentais. 3. Ativismo judicial e o princípio da proporcionalidade. 4. Soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial: 4.1. Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade; 4.2. O legislativo como *amicus curiae* nas sessões de julgamento; 4.3. Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo. 5. Conclusão. Referências.

## RESUMO

O presente artigo é fruto de uma discussão que vem tomando conta dos operadores do Direito, pois parte defende o ativismo judicial e parte o combate com argumentos de que os juízes não possuem legitimidade para controlar políticas públicas. O que se propõe, na realidade, é demonstrar que todo o ativismo do Poder Judiciário tem sido feito com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Ativismo. Separação dos poderes. Direitos fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o crescente fenômeno da judicialização da política e demonstrará que tudo tem sido feito com amparo legal e dentro de uma nova ordem constitucional.

Em um primeiro momento, restará analisada a nova perspectiva da teoria da separação dos poderes, a qual é trazida à tona sempre que se questiona

\* Doutorado em Direito (PUC/PR). Mestrado em Direito (PUC/PR). Pós-graduada em Direito Tributário e Processual Tributário (PUC/PR). Advogada e Professora Universitária (Uni-Brasil, UP, UniCuritiba e ESMAFE).

\*\* Mestrando em Direito (UniBrasil). Pós-graduado em Direito Processual Civil Contemporâneo (PUC/PR). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro da Comissão de Juizados Especiais da OAB/PR (2010-2012). Advogado.

o ativismo judicial. Com fundamento em doutrina especializada, será de fácil visualização que a teoria proposta por *Montesquieu* – e, de certa forma, por *Locke* – já não mais se sustenta no ordenamento jurídico atual, sobretudo porque foi elaborada em um Estado absolutista e arbitrário.

Em momento posterior, será abordada a importância do ativismo para concretização dos direitos fundamentais. O que se procura demonstrar, na realidade, é que não importa como e através de quais meios, mas os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.

Como consequência lógica do que fora exposto anteriormente, será descrito como deve proceder o Poder Judiciário nos casos de colisão entre direitos fundamentais, citando-se como exemplo a Súmula Vinculante nº 13 e o direito à greve e manifestação em vias públicas.

Por fim, serão apresentadas ao leitor soluções práticas para o “problema” do ativismo judicial, tais como o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade e a filtragem das ações levadas ao Judiciário pelos membros do Poder Legislativo.

Cumprir-se-á, ainda, que, ao invés de abordar o tema de forma pragmática, elaborar-se-á uma visão teórico-filosófica com o desiderato de demonstrar que, por todos os prismas, o ativismo judicial, quando realizado na concretização dos direitos fundamentais, é legítimo e benéfico para toda a sociedade.

## 2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Primeiramente, é necessário ressaltar que parte da doutrina (ex. Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>) separa a ideia de *judicialização da política* do famigerado *ativismo judicial*. Contudo, no presente texto, ambas as nomenclaturas serão abordadas como sinônimo.

Pois bem. A judicialização da política nada mais é do que a intervenção decisória do Poder Judiciário em matérias que, *a priori*, deveriam ser debatidas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os críticos alegam que, “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.<sup>2</sup>

Todavia, basta uma simples leitura dos autores que defendem o ativismo para que se chegue à conclusão de que, em momento algum, pretende-se conceder poderes maiores ao Poder Judiciário; pelo contrário. O que se busca é tão somente uma maior harmonia entre os Poderes – fato este não levado em consideração nos séculos anteriores –, assim como a concretização de todo e qualquer direito fundamental, que, diga-se de passagem, foi elevado a tal *status* após séculos de guerra e escravidão.

## 2.1.A teoria da separação dos poderes: do Estado Liberal ao Estado Social

A atividade política da jurisdição constitucional se realiza, hodiernamente, a partir de um desenho constitucional que viabiliza o exercício desta atividade. Porém, nem sempre foi assim, conforme se verifica a seguir.

O princípio da separação dos poderes surge, como teoria política, na obra de John Locke (1689). No mesmo período e com parecidos ideais, surge a obra de Montesquieu. Para ambos os autores, a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão.<sup>3</sup>

Importante mencionar que a teoria somente foi concebida em contraposição à visão naturalista e, principalmente, ao absolutismo defendido por Thomas Hobbes (1651). Para referido autor, o poder é exercido pelo soberano (monarca) mediante a submissão dos indivíduos e é usado para reprimir os conflitos humanos.

Superando a ideia de Hobbes, Montesquieu afirma que nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, discorrendo sobre a importância das leis para a garantia da vida em sociedade.<sup>4</sup>

Portanto, conforme exposto em parágrafo anterior, a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição de atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão. Trata-se da tentativa de contenção do poder pelo poder.<sup>5</sup>

Percebe-se, nos estudos de Locke e Montesquieu, que a teoria da separação dos poderes surgiu e foi sustentada a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Ou seja, é possível afirmar que as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições liberais.

Conforme é cediço, o modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se exclusivamente em proteger o indivíduo da ingerência do Estado. Não obstante, referido pensamento foi alterado com a Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal.

Na realidade, o enfraquecimento do Estado Liberal começa quando as grandes empresas começam a ser monopolistas e aniquilam a concorrência. Neste ponto, surge o proletariado que prega um Estado Social contra a autorregulação do mercado. A ação do Estado torna-se imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social.

Na visão de Osvaldo Canela Junior, "a transição entre Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade".<sup>6</sup>

Junto a este Estado social surge um novo sistema ético de referência – que, por muitos, já é considerado um Estado de Direito –, baseado na proteção dos direitos humanos. Inclusive, a partir de 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade.<sup>7</sup>

Destarte, a estabilidade objetivada no Estado Liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se a concepção da teoria da separação dos poderes:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa.<sup>8</sup>

Como consequência deste Estado Social, surge a nomenclatura do Estado Democrático (Constitucional) de Direito<sup>9</sup>, a qual perdura até a presente data no Brasil.

Percebe-se que “a separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”.<sup>10</sup>

Atualmente, por óbvio que se deve trabalhar com a máxima efetividade da Constituição e com a harmonia (pesos e contrapesos<sup>11</sup>) entre os Poderes. Isto, inclusive, nos remete ao art. 2º da Constituição Federal que descreve: “São Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Paulo Bonavides é novamente preciso ao delinear que “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”.<sup>12</sup>

Ainda mais profundo é o pensamento de Bruce Ackerman quando afirma que “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”.<sup>13</sup>

Para os críticos deste “novo” sistema de integração entre poderes, vale citar Clèmerson Merlin Clève que afirma: “Dizer *o que é o direito* é compreendê-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer transformações”.<sup>14</sup>

Ademais, querendo ou não, os membros do Supremo Tribunal Federal são nomeados com a participação indireta do povo. A Constituição Federal emana do povo, prevê o ingresso de juízes no STF e, principalmente, possibilita o obste de ministros pelo Senado Federal.

Ainda, com base nas notas anteriores, em especial na máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar que a judicialização da política se tornou parte significativa e integrante do neoconstitucionalismo, o qual será devidamente abordado no próximo tópico.

## 2.2 Ativismo para concretização dos direitos fundamentais

Conforme analisado no tópico anterior, o Estado de Direito legalista e liberal do início do século XX foi superado por um novo meio de atuação estatal. Após as duas grandes guerras, não restou alternativa aos Estados, se não a criação de constituições com postura mais interventora e, principalmente, garantidora.

Neste novo período (neoconstitucionalismo), "as constituições não se limitariam a apenas organizar, estruturalmente, o Estado, fixando os seus limites políticos; são assegurados direitos de liberdade e de igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado, prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos".<sup>15</sup>

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins alertam que os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política, o que certamente evidencia o porquê do intervencionismo do Judiciário nas políticas públicas.<sup>16</sup>

Um exemplo prático seria a cassação de um Senador, por meio dos outros membros do Senado, com viés totalmente político (ex. perseguição política) e sem provas concretas. Neste caso, poderia o Judiciário intervir e declarar que direitos fundamentais do parlamentar cassado estariam sendo violados ou decisões meramente políticas não podem ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal?

A resposta parece evidente<sup>17</sup>, mas alguns procedimentalistas dirão – *de forma equivocada e temerária* – que a decisão do Senado é soberana e não permite qualquer tipo de reparo.

Clèmerson Merlin Clève afirma que "há momentos, como aqueles que envolvem a defesa das minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de controle forte do Judiciário".<sup>18</sup>

Vale mencionar que, em momento algum, defende-se a ideia de intervenção do Poder Judiciário de forma desproposita, tal como ocorreu, infelizmente, nos casos da *lei da ficha limpa* e da *fidelidade partidária*. O que se procura demonstrar é que não importa como por quais meios, mas os direitos fundamentais

devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos. Robert Alexy descreve que “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”.<sup>19</sup>

John Rawls, em sua obra denominada *Uma teoria da justiça*, também alerta para a necessidade de igualdade/equidade entre os cidadãos. Referido autor retoma, ainda que de forma peculiar e diferente de Hobbes, Locke e Rousseau, a concepção contratualista e defende a eleição dos princípios de justiça por meio de um acordo celebrado entre todos numa situação inicial, definida como *posição original*.<sup>20</sup>

Sendo assim, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma ativista, concretizar direitos fundamentais e ocasionar igualdade entre todos os cidadãos. Um exemplo prático e atual é a união entre casais do mesmo sexo. Durante anos, os congressistas, com medo de perder votos, deixaram de debater o assunto, ou seja, restou ao Poder Judiciário suprir esta lacuna e garantir direitos fundamentais dos homossexuais.

“A omissão das formas de expressão do poder estatal representa a quebra do compromisso com os objetivos do Estado. Como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição, restabelecê-la, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos”.<sup>21</sup> Ou seja, nos casos em que a omissão do legislador estiver ocasionando danos para parte da sociedade, cabe ao Poder Judiciário agir de forma integradora.

Ronald Dworkin, outro grande filósofo contemporâneo, indica que o *ativismo*, quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integridade do direito (moral, costumes, etc.), não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores nos mais diversos países.<sup>22</sup>

Ainda, importante mencionar que os autores citados anteriormente, em especial Alexy, Rawls e Dworkin, defendem a liberdade e igualdade entre os cidadãos, porém, nem sempre estão ligados a um mesmo prisma. Inclusive, Ronald Dworkin, em sua obra intitulada como *A virtude soberana*, aponta falhas para a teoria de Rawls.

Não obstante a divergência existente entre os mais variados autores, o que se busca no presente texto é elucidar que a noção de liberdade, equidade e integridade deve sempre estar atrelada aos direitos fundamentais. Repita-se, “a legitimidade democrática do juiz não está em substituir o legislador nas escolhas, mas de auferir se a escolha feita pelo legislador está albergada na Constituição”.<sup>23</sup>

### 3 ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE<sup>24</sup>

Muito comum é a colisão de direitos fundamentais<sup>25</sup>. Quando isto ocorre, deve o juiz ponderar qual princípio deve ser aplicado no caso concreto.

Um caso bastante criticado por parte dos juristas foi a criação da Súmula Vinculante nº 13, a qual trata do nepotismo<sup>26</sup>. Isto porque os críticos alegam que não houve concretização de direitos fundamentais, mas sim restrição de direitos. Ademais, alega-se – *de forma correta* – que a formulação da súmula não se deu nos moldes descritos na Constituição Federal.

Inobstante a criação da súmula não ter se dado de forma correta, uma vez que se pautou em apenas um único caso<sup>27</sup>, os motivos determinantes da decisão são perfeitamente legais e se enquadram na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito.

Veja-se que os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e igualdade (concorrência) certamente se sobrepõem aos interesses individuais dos contratantes e contratados sem o devido concurso público.<sup>28</sup>

Outro exemplo seria o direito à greve ou manifestação em vias públicas:

A polícia proíbe o acesso de automóveis ao centro do Rio de Janeiro porque acontece uma manifestação de desempregados. Aqui não temos uma proibição geral de entrada e de circulação na cidade, nem uma lei que restrinja o acesso. Mesmo se a tivéssemos, a regra de harmonização deveria ser entendida como uma solução prévia do legislador (programa normativo de compreensão de uma colisão entre direitos fundamentais) passível de amplo controle abstrato quando de sua aplicação e suscitando a necessidade da justificação de ambas as intervenções implícitas no referido programa normativo de compreensão da colisão. Em vista da situação do momento, o exercício da liberdade de reunião impossibilita o pleno exercício da liberdade de ir e vir. Mas essa medida deve ser avaliada, aplicando o critério da proporcionalidade para identificar os meios necessários para preservar o direito de reunião sem limitar demasiadamente a liberdade de ir e vir, a liberdade econômica e outros direitos.<sup>29</sup>

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também alertam que as principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas:

Em primeiro lugar, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. A segunda ferramenta é o critério da proporcionalidade.<sup>30</sup>

Isto posto, sempre que houver colisão entre direitos fundamentais, deve o Poder Judiciário se utilizar do princípio da proporcionalidade.

## 4 SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA O “PROBLEMA” DO ATIVISMO JUDICIAL

### 4.1 Controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade

Uma das mais belas traduções da Constituição da República Federativa do Brasil diz respeito à separação dos poderes, a qual se faz presente em seu artigo 2º.

Em função da independência estabelecida entre os poderes, o Legislativo, de forma exclusiva, cria e julga preventivamente a constitucionalidade das leis e decretos legislativos.

Ocorre, porém, que, de alguns anos para cá, houve um crescimento assustador na criação de normas consideradas inconstitucionais, o que gera um significativo aumento no número de demandas tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no Supremo Tribunal Federal.<sup>31</sup>

Não bastasse o que fora mencionado, é bastante visível o aumento no número de deputados e senadores eleitos sem o menor preparo escolar, psicológico, ético e moral. Assim, surge a ideia de se copiar uma parte do sistema jurídico francês, qual seja, o controle preventivo (jurisdicional) de constitucionalidade.<sup>32</sup>

Na França, fica a cargo do Conselho Constitucional a manifestação acerca da constitucionalidade de uma proposição antes da promulgação. Inclusive, este controle tem por objetivo evitar que se elaborem leis com eivas de inconstitucionalidade, buscando-se sanar os vícios antes mesmo da publicação.

No Brasil, de um lado, estão os críticos – em sua maioria governantes e congressistas - do sistema de controle preventivo, cujo parecer lógico nos remete à separação dos poderes e ao ideal de que o Congresso já faria o controle prévio de constitucionalidade das leis nas comissões de Constituição e Justiça, enquanto que o Executivo faria o controle por meio da Advocacia-Geral da União. Já do outro lado, estão grande parte da população e do Poder Judiciário que defende uma análise prévia das leis que afetam a vida de todos os cidadãos.

Por óbvio que um exame pormenorizado nas leis por quem, em tese, possui um alto conhecimento jurídico e social, reduziria o número de normas inconstitucionais e, conseqüentemente, o ajuizamento de demandas judiciais.

Na realidade, necessária se faz a manifestação de cada profissional do Direito, a fim de que futuramente o Poder Judiciário – ou um Conselho Constitucional – possa analisar preventivamente as normas elaboradas por um Poder Legislativo cada vez mais fraco e irresponsável. Caso contrário, permaneceremos abarrotando as pautas de julgamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais certamente não possuem condições humanas de julgar tudo que é argüido pela população.



## 4.2 O legislativo como *amicus curiae* nas sessões de julgamento

Outro fator que poderia reduzir drasticamente as críticas ao *ativismo judicial* seria a maior presença dos representantes do Legislativo nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Utilizando-se do procedimento do *amicus curiae*<sup>33</sup>, os membros do Poder Legislativo deveriam se tornar peças mais presentes quando dos debates entre os ministros e, inclusive, deveriam prestar suas opiniões quando solicitadas.

Fato é que no atual momento os representantes do povo pouco se interessam nas consequências dos julgamentos do STF, deixando todo discurso para as decisões contrárias aos seus respectivos interesses.

## 4.3 Filtragem das ações levadas ao Poder Judiciário pelos membros do Poder Legislativo

Ao analisar as ações levadas ao Supremo Tribunal Federal, Luiz Werneck Vianna declarou que a ADIN é "recurso institucional estratégico de governo". Ou seja, os próprios membros do Congresso Nacional são os maiores responsáveis pelo ativismo do Poder Judiciário.<sup>34</sup>

Destarte, seria importante que dentro do próprio Congresso Nacional fosse formulado um filtro para que somente as matérias de alta relevância fossem remetidas ao Judiciário. Tal procedimento, obviamente, necessitaria de uma maior integração entre os Partidos, os quais certamente sairiam fortalecidos.

## 5 CONCLUSÃO

Ao analisar de forma superficial o tema do ativismo judicial, até porque tal assunto renderia páginas e mais páginas de debate, é possível constatar que as críticas surgem de forma desarrazoada, pois se limitam a questionar a interferência do Poder Judiciário nas questões políticas com fulcro na separação dos poderes e na teoria procedimentalista.

Entretanto, não se pode perder de vista que a atual conjuntura do Brasil é de um país com democracia republicana que está longe de se tornar um Estado Democrático Liberal ou Deliberativo.

A intervenção do Poder Judiciário certamente serve para contrabalançar as omissões e abusos dos demais Poderes, os quais também possuem o direito e o dever de fiscalizar se a aplicação do Direito tem sido regularmente estabelecida por aquele.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. In: VASCONCELOS, Isabelle Maria Campos; SANTOS, Eliana Valadares (Trad.). **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). **Entre Brasil e Polônia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. In: MOTA, Pedro Vieira (Trad.). **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

RAWLS, John. In: SIMÕES, Jussara (Trad.). **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=i so](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=i so)>. Acesso em: 03 jan. 2013.

- 1 "A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva". (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372).
- 2 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.
- 3 "É evidente que o chamado "instrument of government" inglês já previa alguma forma de separação entre o Executivo e o Legislativo, contrapondo-se a uma economia mista, mas foi Locke quem a sistematizou e deu seus fundamentos teóricos". (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38).
- 4 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. In: MOTA, Pedro Vieira (Trad.). *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-86.
- 5 CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-68.
- 6 *Ibidem*, p. 70.
- 7 *Ibidem*, p. 71.
- 8 *Ibidem*, p. 72.
- 9 Estado Democrático de Direito: Fundado não mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Ademais, não só procura garantir a liberdade, mas também a igualdade.
- 10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.
- 11 "Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, na delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da separação (...). Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentares sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado (...)". *Ibidem*, p. 141.
- 12 *Ibidem*, p. 146.
- 13 ACKERMAN, Bruce. In: VASCONCELOS, Isabelle Maria Campos; SANTOS, Eliana Valadares (Trad.). *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.
- 14 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 145.
- 15 PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.
- 16 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.
- 17 STF já se pronunciou acerca do assunto e delineou que, ainda que em um grau mínimo, o Judiciário pode controlar a atividade jurisdicional exercida pelo Senado: MS nº 21.623-9 e MS nº 21.689-1.
- 18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.
- 19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.
- 20 RAWLS, John. SIMÕES, Jussara (Trad.). *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 14.
- 21 CANELA JUNIOR, op. cit., p. 87.
- 22 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271-275.
- 23 MALISKA, Marcos Augusto; COMPLAK, Krystian (Coord.). *Entre Brasil e Polônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 30.
- 24 Método utilizado no Direito Constitucional brasileiro para resolver a colisão de princípios jurídicos.

- 25 “Há colisão de direitos fundamentais quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 161)
- 26 STF Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a “Constituição Federal”.
- 27 Art. 103-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (...)”
- 28 BRASIL. Constituição Federal. Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (...).
- 29 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, op. cit., p. 161-162.
- 30 Idem.
- 31 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. “**Tempo social**”: São Paulo, 2007, vol. 19, n. 2. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nm=iso)>. Acesso em 03/01/2013.
- 32 “O Conselho Constitucional francês, produto da Constituição de 1958, muito embora tenha se fundado no modelo dos Tribunais Constitucionais europeus, possui conotação original e diferenciada, principalmente no que diz respeito à sua estrutura, organização, funcionamento, funções e competências”. (PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do processo legislativo**: legitimidade, reinterpretção e remodelagem do sistema no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 108).
- 33 “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos, atuam apenas como interessados na causa.
- 34 “O alto índice de litigação contra normas dos legislativos estaduais aponta para a existência de problemas na formação da vontade política local, seja porque o executivo não detém maioria nas assembléias estaduais, seja porque essas instâncias de poder, expostas às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística e sem escopo universalista (...)” “(VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit.)”

## THE LEGITIMACY OF "JUDICIAL ACTIVISM" IN THE EYES OF THE THEORY OF THE STATE AND OF LAW: A STUDY FOCUSED ON THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

This article is the result of a discussion that has been ongoing among legal professionals, because some advocate judicial activism and others combat it under arguments that judges have no legitimacy to control public policies. What is proposed, in fact, is to demonstrate that the activism of the Judiciary has been done with legal support and within a new constitutional order.

**Keywords:** Judicialization of politics. Activism. Separation of Powers. Fundamental Rights.