

A Aplicação dos Princípios pelo Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judiciário no Controle de Constitucionalidade

The Application of Principles by the Supreme Federal Court and Judicial Activism in the Control of Constitutionality

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé¹

Wilson Franck Júnior²

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da segurança jurídica; 3. O judiciário na aplicação dos princípios constitucionais; 4. A atuação do Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusão.

Resumo: O Estado Democrático de Direito reclama para si o princípio da segurança jurídica, visto que este promove estabilidade democrática ao barrar a arbitrariedade e estabelece a previsibilidade do direito. A politização indevida da justiça causa impactos severos na sociedade, juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Dessa forma, o presente artigo analisa o risco da insegurança jurídica na ocasião de aplicação dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição brasileira, quando da tentativa de controlar a constitucionalidade da lei. O protagonismo do Poder Judiciário trata-se de uma tempestiva prestação jurisdicional, com o intuito de objetivar as demandas de modo a desburocratizar procedimentos. Entretanto, observa-se cautelosamente a necessidade de investigar os impactos desse ativismo judicial. O trabalho tem como metodologia empregada a pesquisa bibliográfica. Constatou-se que postura impositiva do judiciário ativista ocorre em decorrência da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador, assim, desprovido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas, garante um poder quase que inquestionável. Logo, quando o Judiciário se porta como um “tribunal político”, ele desconsidera a representação democrática.

Palavras-chave: Ativismo Jurídico; Princípios Constitucionais; Supremo Tribunal Federal; Controle de Constitucionalidade.

Abstract: The Democratic State of Law claims for itself the principle of legal certainty, since it promotes democratic stability by barring arbitrariness and establishing the predictability of law. The undue politicization of justice causes severe impacts on society, judges cannot be populist and, in certain cases, they will have to act in a countermajoritarian way. The conservation and promotion of fundamental rights, even against the will of political majorities, is a condition for the functioning of democratic constitutionalism. In this way, this article analyzes the risk of legal uncertainty when applying the principles by the Federal

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Advogada. Especialista de Direito Civil e Processo Civil, UNINOVAFAPI; Especialista em Direito Constitucional e Administrativo, UNINOVAFAPI. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8822423275712919>

² Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: wilsonfranckjunior@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3034081265409577> ID Lattes: 3034081265409577

Supreme Court, the highest body of Brazilian jurisdiction, when trying to control the constitutionality of the law. The role of the Judiciary is a timely jurisdictional provision, in order to objectify the demands in order to reduce bureaucracy procedures. However, there is a cautious need to investigate the impacts of this judicial activism. The work's methodology is bibliographic research. It was found that the imposing stance of the activist judiciary occurs because of the margin of discretion left to the judge by the legislator, thus, devoid of any constraint when exercising increasingly broad review powers, it guarantees an almost unquestionable power. Therefore, when the Judiciary behaves as a “political court”, it disregards democratic representation.

Keywords: Legal activism; Constitutional principles; Federal Court of Justice; Constitutional Control.

1. Introdução

No contexto da democracia contemporânea, o Poder Judiciário ganha cada vez mais protagonismo ao interagir com a política, a sociedade e o direito. Percebe-se, nas últimas décadas, que tal atuação ultrapassa os limites do direito vigente, que impõe regras hermenêuticas para as fundamentações das decisões judiciais.

Com a supremacia dos direitos fundamentais positivados nas Constituições, outra questão pode ser invocada, qual seja: o controle difuso e concentrado das normas inconstitucionais. Isso quer dizer que os titulares dos direitos fundamentais podem exigir a aplicabilidade de seus Direitos ao caso concreto não só na Corte Constitucional, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, mas também nas instâncias inferiores.³

Assim, destaca-se a amplitude da segurança jurídica como proteção contra os arbítrios desmedidos que poderiam ser cometidos sem qualquer consequência ou justificção sob a égide do poder absolutista. A figura da lei como norma geral e abstrata que submetia a todos era compreendida como a maior das garantidoras de direitos já que representava o rompimento com o modelo absolutista até então vigente.⁴

O Estado Democrático de Direito reclama para si o princípio da segurança jurídica visto que este promove estabilidade democrática ao barrar a arbitrariedade e a estabelece a previsibilidade do direito. Logo, ao juiz é confiada a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito.⁵

³ BRITTO, Walter Carvalho. Direitos e deveres fundamentais do contribuinte e a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Walter Carvalho de Britto. Orientação: Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas. – Osasco, UNIFIEO, 2012, p. 43.

⁴ VASCONCELOS, Antonio Gomes; BRAGA, Renê Moraes da Costa. O conceito de segurança jurídica no estado democrático de direito. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 405.

⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia R. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 192.

Assim, visa analisar o risco de insegurança jurídica na ocasião de aplicação dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal quando da tentativa de controlar a constitucionalidade da lei e a possibilidade de politização da justiça.

Ademais, a corrente neoconstitucionalista reivindica, em face de textos constitucionais substantivos, uma prática jurisdicional diferenciada, orientada por diferentes parâmetros interpretativos, como princípios e valores. Nesse passo, a corrente chega a assumir, como decorrência lógica de Constituições substantivas, uma jurisdição constitucional alargada. Essa decorrência, se efetivamente necessária, deveria se aplicar ao Supremo Tribunal Federal, enquanto jurisdição que resguarda um texto notoriamente substantivo.⁶

2. O Princípio da Segurança Jurídica

Princípios são, tradicionalmente, definidos como mandamentos nucleares ou disposições fundamentais de um sistema, ou ainda como núcleos de condensações. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor, e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil, mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental, no âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais.⁷

No surgimento do constitucionalismo e da organização do Estado, a segurança jurídica estava preceituada na previsibilidade de um mínimo de legalidade a fim de garantir proteção aos direitos que estavam se consolidando por meio de acordos tácitos da sociedade. Afinal, esse princípio infunde a ideia de previsibilidade, uma espécie de noção acerca das medidas ou comportamentos do poder público em qualquer de suas funções.

Por isso, a segurança jurídica é revelada como direito nos textos constitucionais, e mesmo nos Estados onde ela não se evidencia, não há quem lhe negue a condição de necessário direito que fundamenta ou define os atos, seus efeitos e seus atributos, máxime em se tratando de práticas estatais. Logo, direito e segurança andam juntos. É indubitável que

⁶ MACHADO, Joana de Sousa. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Gisele Cittadino - Departamento de Direito, *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 120p., 2008, p. 60.

⁷ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003, p.612.

o direito coloca-se para dar segurança, pois, a fim de ter insegurança o direito não é necessário.⁸

O princípio da segurança jurídica decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança, o que necessariamente ocorre ante a conjugação de várias normas jurídicas, dentre as quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança, dentre outras tantas (regras, princípios e postulados) que dão conformação ao sobreprincípio da segurança jurídica ao ser, todavia, mais do que a simples conjugação de tais subprincípios para alcançar uma noção de instrumento de justiça social.⁹

A da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, por meio do inciso XXXVI, do seu artigo 5º, delibera acerca da segurança jurídica encontra-se enucleada na Constituição, com a força de um princípio-síntese, quando afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Percebe-se que o direito positivo, conforme prescreve a Constituição, atribui valores supremos à segurança e à justiça. O cerne do Estado Constitucional é o registro por escrito da norma fundamental de um povo. Assim, um Estado de direito torna-se autônomo quando ele cria a Constituição, efetivando, assim, a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e mantendo a segurança jurídica a fim de resguardar tais conquistas sociais.

Logo, segundo Carlos Aurélio Mota de Souza,¹⁰ segurança e justiça, portanto não se contrapõem, mas enquanto esta é um poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.

Miguel Reale,¹¹ afirma que há necessidade de se distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia.

Ademais, a segurança jurídica é vista como norma jurídica da espécie Princípio Jurídico, ou seja, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do Ordenamento

⁸ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais. 2009. 264 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2009, p. 53.

⁹ MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: *Verbo Jurídico*, 2006, p. 97.

¹⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Motta de. Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: *Ltr*, 1996, p. 25.

¹¹ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: *Saraiva*, 1994.

Jurídico com base na sua cognoscibilidade. Dessa maneira, ela se reveste de valor instrumental para consecução de outros fins, tais como propriedade e liberdade.¹²

3. O Judiciário na Aplicação dos Princípios Constitucionais

As Constituições passaram a representar documentos normativos do Estado e da sociedade na atualidade, visto que os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador. E, nesse cenário de força normativa constitucional, as decisões constituintes que dão suporte ao Estado consistem nos valores, nos princípios jurídicos ou nas regras constitucionais.

Ronald Dworkin¹³ expressa o “princípio jurídico” como o que denomina as normas jurídicas que apenas estabelecem uma razão para uma decisão. Conforme Dworkin, as regras se submetem à “regra do tudo ou nada”, pois, caso inexista outra regra superior que as invalide (critério hierárquico) ou outra regra posterior que as revogue (critério cronológico) ou outra regra que as excepcione (critério da especialidade), elas devem, se ocorrido o fato descrito em sua hipótese (subsunção), ser aplicadas; já os princípios possuem diferentes pesos e, por isso, não se submetem à regra do tudo ou nada, podendo num caso serem aplicados e no outro não, sem perder sua vigência e sua validade.

Ao Judiciário é incumbido o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao outro direito efetivado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.¹⁴

A colisão entre princípios constitucionais não tem solução no campo da validade, mas no campo do valor. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá

¹² Cfr. ÁVILA, Humberto. “Teoria da segurança jurídica”, ob. cit., p. 189.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2005, p. 142.

maior relevância que o outro, preponderando segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas. Entretanto, não se pode olvidar que a relação entre os princípios é constitutiva do seu próprio conceito. Não há como pensar a realização de um princípio sem relacioná-lo com o conjunto constituinte do ordenamento jurídico e sem analisá-lo a partir das situações de tensão e colisão entre princípios, o que justifica a manutenção de sua definição como mandamento de otimização.¹⁵

Para Luhmann,¹⁶ a certeza e a segurança jurídica existem no sentido de que o órgão jurisdicional está obrigado a decidir com o código binário diferencial a relação intersubjetiva. Entretanto, tal decisão deverá estar livre de qualquer julgamento imparcial, como o motivado por uma solução política. Ele manifesta que os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não-existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência.

4. A Atuação do Supremo Tribunal Federal

Por meio do Decreto n° 510, em 22 de junho de 1890, o Supremo Tribunal Federal foi instituído como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro pela Constituição Provisória.

Meses depois, o Poder Judiciário brasileiro foi amplamente revigorado com a implementação da Justiça Federal, pelo Decreto n° 848, do mesmo ano, o qual representou um importante precedente para a inauguração do controle de constitucionalidade brasileiro. De acordo com a exposição de motivos desse diploma, todo e qualquer juiz tinha poder para recusar a aplicação de uma lei que considerasse inconstitucional.¹⁷

Ao partir do controle difuso, modelo conhecido como norte-americano, a análise das questões constitucionais assume uma perspectiva subjetiva, isto é, envolve partes, interesses e direitos particulares; direciona-se à resolução de uma lide, a qual depende da superação do incidente de constitucionalidade. Para além das duas grandes matrizes referidas, identifica-se

¹⁵ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 204.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1990, p. 192.

¹⁷ RODRIGUES, Lêda. Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1, p. 1.

ainda uma espécie de terceira via, que se caracteriza por combinar mecanismos de controle concentrado e controle difuso.¹⁸

Esse fenômeno na sociedade norte-americana, em décadas recentes, expõe as principais batalhas sobre a natureza da democracia que têm sido travadas em torno da autoridade de juízes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros órgãos do governo.¹⁹

Para o Ministro Barroso, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema americano, o controle incidental e concreto em que todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar norma que considere inconstitucional. Do sistema europeu, adotou-se a possibilidade de ajuizamento de ações diretas perante a Suprema Corte, com o controle abstrato, discutindo a constitucionalidade ou não de uma lei.²⁰

Conforme preceitua Carl Schmitt, o modelo axiológico de Constituição como ordem apresenta os fenômenos sociais como geradores de normas na esfera jurídica. Assim, se a Constituição “só contém” essa determinação política, nitidamente atribui valor especial a essa decisão, pelo que se justifica o seu enquadramento no modelo axiológico. Trata essa decisão política fundamental como um resultado que antecede e dá origem a qualquer produção normativa.²¹

Nessa perspectiva, a Constituição, para Schmitt, trata-se de incorporar uma ordem política, relegando as normas ao âmbito secundário. Entretanto, o autor Ferdinand Lassalle apresenta a Constituição como a conjuntura de poderes presente e determinante em dada sociedade:

Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos fatores reais de poder [...] colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores reais de poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado (2004, p. 48).²²

Isso se confirma pela postura defensora (e reveladora) do ativismo do STF, prolatada pelo Ministro Ayres Brito, no voto da ADI 3510, verbis:

¹⁸ MACHADO, Joana de Sousa. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Gisele Cittadino - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 120p., 2008, p. 46.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, New Jersey, 2006, p. 162.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

²¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²² MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.134.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.²³

A judicialização da política como um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Em contrapartida, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.²⁴

A expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, em janeiro de 1947, por Arthur Schlesinger Junior, em artigo publicado na revista *Fortune*, no qual ele traçava o perfil dos nove juízes integrantes da Corte Suprema dos Estados Unidos. Nesse artigo, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram considerados por Schlesinger como “ativistas judiciais”, porque desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social e acreditavam que a lei e a política eram elementos inseparáveis.²⁵

Entretanto, em vários casos julgados pelo STF, o sobreprincípio do Estado de Direito relaciona-se diretamente ao princípio da segurança jurídica. Assim, as decisões do STF que fazem referência direta ao sobreprincípio do Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais: (a) legalidade

²³ Supremo Tribunal Federal. Ministro Ayres Brito. *Voto da ADI 3510*. Acesso em 25 de julho de 2022: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> >

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁵ KMIEC, Keenan. *The origin and current meanings of judicial activism*. *California Law Review*, California, p. 1643-1675, 2004, p. 1657.

ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; (b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; (c) separação das funções estatais; (d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; (e) segurança jurídica.²⁶

Percebe-se que mesmo ante à suposta preocupação da Corte em manter a segurança jurídica, a atuação ativista tem tomado proporções questionadoras quanto à salvaguarda deste princípio. Algumas objeções podem ser claramente opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil, como: os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Quanto aos riscos para a legitimidade democrática tem origem da clara compreensão de que o Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, porém, suas ações com viés político têm capacidade de invalidar os outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.²⁷

A politização indevida da justiça é outro problema, juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.²⁸

É necessário também examinar se a atuação do Poder Legislativo deixou de corresponder às expectativas da sociedade, ansiosa por mudanças e por regulamentações de temas sociais sensíveis quanto aos quais o legislador não está atuando de forma satisfatória. Neste aspecto, cumpre mencionar a questão do controle de constitucionalidade das leis, função constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal, exercendo este a função de guardião maior da Constituição, dentro de uma concepção clássica de que a última palavra

²⁶ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2009. 264 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2009, p. 76.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 18.

²⁸ Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. ob. cit., p. 16.

em matéria constitucional pertence a essa Corte, o que poderia explicar sua constante manifestação em questões políticas, a título de garantia do cumprimento da Constituição.²⁹

Desse modo, para Dworkin,³⁰ os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. As afirmações jurídicas são posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro.

Percebe-se que existem, por parte da sociedade, certo respeito e confiança depositada nos juízes, que possuem a coragem e a dignidade necessárias para julgar as questões que lhes são confiadas pelos cidadãos, em face da violação de seus direitos. Essa confiança é retirada dos homens políticos e depositada nos juízes, independentemente de suas decisões.³¹

No entanto, a expansão da atividade de controle da política para além das questões jurídicas, englobando o que identifica como “megapolítica”, isto é, as controvérsias políticas essenciais, que, frequentemente, definem e dividem todas as políticas, trata-se de um processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para órgãos judiciais que é denominado juristocracia.³²

Vale ressaltar que o Poder Judiciário, para o filósofo Montesquieu, é uma forma de manifestação da soberania estatal, sendo dado ao povo, na pessoa do magistrado escolhido pelos pretores, o poder de julgar as causas cíveis, sendo que as causas criminais ainda eram julgadas pelos reis e os cônsules que os sucederam. Inclusive, atribui-se a Montesquieu a Teoria dos Freios e Contrapesos, afinal, estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.³³

Tradicionalmente, o poder judiciário é considerado apolítico, de forma que se trata de um ramo que decide a partir de critérios técnicos, despreocupado com as consequências que suas decisões possam produzir na sociedade, desde que estejam de acordo com a letra

²⁹VASCONCELOS, Antonio Gomes; BRAGA, Renê Moraes da Costa. O conceito de segurança jurídica no estado democrático de direito. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

³⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 203.

³¹CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale*. Archives de Philosophie du Droit, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006, p. 29.

³²HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, New York, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006, 725.

³³MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 190.

da lei, um poder fiel aos desígnios do legislador. Porém, no Brasil, por exemplo, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal. Esse fato, se não substitui a eleição direta, ao menos confere ao tribunal constitucional alguma representatividade popular (indireta), com a vantagem de evitar os inconvenientes de disputa eleitoral pelo cargo, com o possível comprometimento da imparcialidade e independência daí decorrente.³⁴

Mesmo com a reforma do Judiciário, feita pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o critério “limitador” da repercussão geral, não trouxe limitações ao STF no sentido de lhe restringir o poder, mas lhe permitiu otimizar as decisões no sentido de analisar poucos casos, cujos acórdãos serão utilizados para as demais situações. Além desse mecanismo otimizador, cujo objetivo era diminuir o fluxo de processos no Tribunal, a Emenda 45 agregou outro mecanismo de imposição às decisões do STF: a súmula vinculante. Como no Brasil o costume jurisprudencial (conjunto das decisões reiteradas sobre determinada matéria) é fonte secundária do Direito e não obriga os juízes a seguirem as decisões superiores, os posicionamentos do STF dentro do controle de constitucionalidade acabavam por não ter efeito vertical. A própria Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, criada em 1993, justamente veio para vincular as decisões do Supremo nos casos que seriam objeto desse novo mecanismo processual, fazendo suspender a discussão nas instâncias inferiores que aguardariam a decisão central e a cumpririam. Entretanto, é notório que o STF busca não maximizar sua atuação na revisão judicial, justamente para não despertar ainda mais descontentamento no Legislativo, com supostas usurpações de competência.³⁵

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos de Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor do poder.³⁶ Só após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 é que foi possível levar em consideração o veto constitucional do Judiciário.

Há a doutrina contramajoritária que consiste na legitimidade da intervenção judicial, composta por uma base técnica e expressa numa atuação a posteriori, e a dificuldade de se

³⁴ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 165.

³⁵ LEON, Victor de Queiroz Barbosa; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Ativismo judicial: entre o mito e a juristocracia velada*. 2009. Revista Política Hoje - Volume 25, n. 2 (2016) - p. 7-20.

³⁶ COSTA, Emília Viotti. 2001. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Institutos de Estudos Jurídicos e Econômicos, p. 94.

definir parâmetros e limites pelos quais os julgadores, que não foram escolhidos por um processo democrático, possam presidir atos, tomar certas decisões e fazer opções e programas de incumbência das instâncias políticas.³⁷

5. Conclusão

O Poder Judiciário deve ter atuação jurídica, pois o núcleo essencial ao princípio da separação de poderes, para o Estado Democrático de Direito, quanto à função jurisdicional, exige uma atuação dentro de seus limites constitucionais, sendo que o controle exercido por este órgão constitui um contra-poder da função legislativa enquanto instrumento de função política.

É inevitável uma tensão entre os outros dois Poderes, no entanto, o ativismo judicial representa uma ruptura no aspecto positivista e torna o magistrado agente da expansão dos sentidos dos princípios capaz de criar numa contingência maior normas jurídicas. Logo, a postura impositiva do judiciário ativista ocorre em decorrência da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador, assim, desprovido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas garante um poder quase que inquestionável.

Entretanto, devido aos recorrentes conflitos de interpretações principiológicas por parte do Supremo Tribunal Federal, e o crescente receito deste órgão atuando como “um quarto poder”, a sociedade necessita de segurança para conduzir, para planejar e para conformar sua vida de cada indivíduo. É nesse sentido que o princípio da segurança jurídica é considerado como elemento constitutivo do Estado de direito.³⁸

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.³⁹

Quando o Judiciário se porta como um “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática: primeiro porque ignora que o procedimento para a mudança do direito tem como destinatário o Legislativo, segundo porque se arroga na função de legislador. Em outras palavras, se o STF é um “tribunal político”, ele somente o

³⁷ MACHADO, Joana de Sousa. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Gisele Cittadino - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 120p., 2008.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

³⁹ CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, n° 34, 1996.

pode ser sob o signo de um autoritarismo camuflado, mas não por isso menos nocivo aos pressupostos de um regime democrático.⁴⁰

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. (org.). *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITTO, Walter Carvalho. *Direitos e deveres fundamentais do contribuinte e a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Walter Carvalho de Britto. Orientação: Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas. – Osasco, UNIFIEO, 2012.

CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale*. Archives de Philosophie du Droit, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, n° 34, 1996.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2009. 264 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GOIÂNIA, 2009.

COSTA, Emília Viotti. 2001. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Institutos de Estudos Jurídicos e Econômicos.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, New Jersey, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, New York, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006.

⁴⁰ CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, n° 34, 1996, p. 145.

- KMIEC, Keenan. *The origin and current meanings of judicial activism*. California Law Review, California, p. 1643-1675, 2004.
- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- LEON, Victor de Queiroz Barbosa; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Ativismo judicial: entre o mito e a juristocracia velada*. 2009. Revista Política Hoje - Volume 25, n. 2 (2016) - p. 7-20
- LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1990.
- MACHADO, Joana de Sousa. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Gisele Cittadino - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 120p., 2008.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios e função jurisdicional*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.
- MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 190.
- NEGRELLY, Leonardo Araújo. *O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.
- PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia R. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, Lêda. Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1, p. 1.
- SARLET, W. I. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003.
- SOUZA, Carlos Aurélio Motta de. *Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Ayres Brito. *Voto da ADI 3510*. Acesso em 25 de julho de 2022:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>

VASCONCELOS, Antonio Gomes. BRAGA, Renê Moraes da Costa. *O conceito de segurança jurídica no estado democrático de direito*. Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.