

A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO À APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE LEGAL (IN)SECURITY REGARDING THE APPLICATION OF PRINCIPLES BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé¹

Resumo: O presente artigo analisa se há 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 e a possibilidade de politização da justiça. 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 possui caráter metodológico pluridimensional, partindo da análise dimensional dogmática analítica, empírica e normativa. 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.

Palavras-chave: Insegurança Jurídica. Princípios. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Federal Court, body of justice of the attempt of Federal Court, Court of Justice of Federal Justice and Court of Justice of Federal Justice, body of the jurisdiction of the Brazilian jurisdiction. The role of Power is a timely jurisdictional provision, in order to objectify the demands in order to reduce bureaucracy procedures, however, it is carefully observed the need to investigate the impacts of this judicial activism. The work has a multidimensional methodological character, starting from the analytical, empirical and normative dogmatic dimensional analysis. It appears that the posture occurs in an imposing way at the margin of discretion of the occurrence of judgment, thus, of any restriction to the exercise of increasingly broad review, guaranteeing an almost unquestionable.

Keywords: Legal Insecurity. Principles. Federal Court of Justice.

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.

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.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (BRITTO, 2012).

Destaca-se, então, 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 (VASCONSELOS; BRAGA; 2016).

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 (PERELMAN, 1998).

Dessa forma, o presente artigo visa analisar se há 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 (MACHADO, 2008).

O presente trabalho possui caráter metodológico pluridimensional, partindo da análise dimensional dogmática analítica, empírica e normativa. E o estudo foi realizado por meio do acesso a bases de dados e materiais disponíveis e de livre acesso: Scielo, Periódicos Capes, Lexml, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Livros, Doutrinas, Leis e Códigos.

As informações obtidas possibilitarão descrever, observar e classificar os dados de forma que o conhecimento obtido pela pesquisa seja agrupado de acordo com o conteúdo do

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

estudo. A análise de dados ocorrerá de forma crítica e pormenorizada, garantindo assim a validação da revisão, procurando explicar e comparar os resultados dos diferentes estudos. Essa etapa ainda auxiliará na tomada de decisão dos atores envolvidos utilizando os resultados na prática cotidiana.

1 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 (SILVA, 2003).

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 encontrar-se na dimensão social, o tema da segurança jurídica passou a ter um papel mais significativo a partir do pós-guerra, no século XX, devido à crescente importância dos direitos humanos, garantias e liberdades individuais.

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 o direito coloca-se para dar segurança, pois, a fim de ter insegurança o direito não é necessário (CARVALHO, 2019).

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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (MAFFINI, 2006).

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 (BRASIL, 1988).

Conforme preceitua Sarlet (2005, p.3), o princípio da segurança opera como um tipo de “cláusula geral” e que o legislador constituinte o conecta a outros princípios de igual natureza, discriminados no artigo 5º, citando como exemplos, entre outros, o princípio da legalidade (inc. II), o princípio da anterioridade e o princípio da irretroatividade da lei penal (incs. XXXIX e XL) e o da pessoalidade da pena (inc. XLV).

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 (1996, p. 25), 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 (1994, p. 86) 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.

As regras facilitam a compreensão de entendimento do princípio da segurança jurídica, como afirma Luís Roberto Barroso:

O sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto (2003, p. 352).

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Nesse sentido, Sarlet e Marinoni (2017, p. 916) afirmam que o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo.

A segurança jurídica está no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade e confere proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, fazendo com que haja a devida consolidação do ordenamento jurídico e evita o retrocesso a fim da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais.

Ressalta-se que nos casos em que houver coalizão entre princípios, o que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele (SILVA, 2003).

Nessa perspectiva, o que mitiga o casuísmo e propicia a segurança jurídica é a tradição formada por uma corrente jurisprudencial, ou seja, o fato de questões de Direito iguais ou muito semelhantes entre si serem sempre resolvidas da mesma maneira. Para que uma tradição se estabeleça, é indiferente a dificuldade do caso; basta que os juízes decidam casos iguais ou semelhantes quase sempre da mesma forma.

Por estes motivos, o princípio da legalidade não é especialmente apto a garantir o desiderato da segurança jurídica. Em primeiro lugar, resolver uma questão de Direito não é equivalente a interpretar a lei. Ainda que o fosse, a interpretação é uma atividade suficientemente problemática, dado que, frequentemente, os intérpretes discordam, entre si, acerca de qual é a intenção do autor, manifestada através do texto (FERREIRA, 2014).

Enquanto norma jurídica, trata-se da prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos. Uma coisa é a possibilidade de os cidadãos anteciparem os efeitos jurídicos de seu comportamento diante da incidência da norma jurídica, outra é a existência de uma norma positiva que estabelece a obrigação das instituições – que prescrevem e aplicam as normas jurídicas, – de as efetivarem de forma a fomentar a capacidade de antecipação dos efeitos das mesmas (ÁVILA, 2014).

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 Jurídico com base na sua cognoscibilidade. Dessa maneira, ela se reveste de valor instrumental para consecução de outros fins, tais como propriedade e liberdade (ÁVILA, 2014).

2 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 (CLÈMERSON, 2000).

Ronald Dworkin (2002, p.39) 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.

Dworkin afirma que:

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios que se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica (DWORKIN, 2000, p. 24-250).

Entretanto, observa-se que há certo desleixo no uso da teoria dos princípios por parte do Poder Judicial, conforme Ricardo Marcondes Martins:

Ao invés de buscar os argumentos corretos para uma decisão, invoca-se um princípio – v.g., da dignidade da pessoa humana – como uma “expressão mágica”. Não há que examinar os textos normativos, basta invocar a expressão mágica para fundamentar

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

uma sentença. Tanto a utilização “esperta” como a utilização “preguiçosa” dos princípios importam no fim do Estado de Direito (2018, p.40).

O problema central ocorre por parte do intérprete da lei que, respaldado pelo neoconstitucionalismo, exerce o poder mediante a aplicação de suas convicções pessoais. De certa forma, essa prática está posicionada no extremo oposto do positivismo jurídico, que aplica solenemente a letra da lei, e põe em risco a ordem constitucional caso a comunidade jurídica aceite a discricionariedade do juiz.

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 (CRISTÓVAM, 2005).

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 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 (ALEXY, 1999).

Para Luhmann (1990, p. 162), 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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

jurídica, interpretar, construir os casos, para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência.

3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por meio do Decreto nº 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 nº 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 (RODRIGUES, 1965).

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 ainda uma espécie de terceira via, que se caracteriza por combinar mecanismos de controle concentrado e controle difuso (MACHADO, 2008).

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 (DWORKIN, 2006).

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 (BARROSO, 2016).

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 09).

Seguindo essa influência, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi responsável pela estruturação de um Judiciário que dota total autonomia institucional, algo que tem sido objeto de destaque até mesmo no âmbito do direito comparado e era inexistente em nosso ordenamento, onde concomitantemente lhe foi conferida a autonomia necessária para se regulamentar administrativa e financeiramente (MENDES, 2013).

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).

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

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.

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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (STRECK, 2013).

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 (KMIEC, 2004).

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 ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submisso 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 (CARVALHO, 2009).

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 (BARROSO, 2009).

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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (BARROSO, 2009).

Por fim, Barroso (2009, p.17) afirma que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

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 em matéria constitucional pertence a essa Corte, o que poderia explicar sua constante manifestação em questões políticas, a título de garantia do cumprimento da Carta Magna (SOARES, 2010).

Desse modo, para Dworkin (2002, p. 203), 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 (CANIVET, 2006).

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 (HIRSCHL, 2006).

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (MONTESQUIEU, 2008).

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 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 (PAIXÃO, 2007).

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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

judicial, justamente para não despertar ainda mais descontentamento no Legislativo, com supostas usurpações de competência (LEON, CARVALHO NETO, 2016).

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” (Bastos apud COSTA, 2001). 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 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 (MANCUSO, 2015).

CONCLUSÃO

O atuação do Poder Judiciário deve ser limitada ao âmbito jurídico, 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.

Questões de megapolítica ou política pura não possuem diretrizes constitucionais, visto que, os juízes constitucionais têm de basear as suas decisões naquilo que seria melhor para a sociedade ou para a nação e, nesse campo da opção política, não há nada que indique que a sua decisão seja qualitativamente superior à do Executivo e à do Legislativo (HIRSCHL, 2006).

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

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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 (CANOTILHO, 2002).

A prática do STF é regulamentada não só pela Constituição Federal, mas também pelo Regimento Interno do tribunal que determina a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição e disciplina seus serviços.

É mister que o Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente nomeado como guardião da Constituição, deve ser comedido em suas ingerências às deliberações parlamentares, limitando-se, nestes casos, a resguardar o sistema democrático e os direitos fundamentais, não devendo, de forma alguma, a Corte Suprema avocar para si a tarefa de inovar na ordem jurídica (NEGRELLY, 2010).

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” (CASTRO, 1996).

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 pode ser sob o signo de um autoritarismo camuflado, mas não por isso menos nocivo aos pressupostos de um regime democrático (MAIA, 2008).

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

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

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

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRITTO, W. C. *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, J. J. G. *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, O. F. 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.

CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, E. V. 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.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

- DWORKIN, R. *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, New Jersey, 2006.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, R. *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.
- KMIEC, Keenan. *The origin and current meanings of judicial activism*. California Law Review, California, p. 1643-1675, 2004.
- LASSALLE, F. *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, N. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1990.
- MACHADO, J. de S. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 2008, 120p. *Dissertação de Mestrado*. Orientadora: Gisele Cittadino - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MARTINS, R. M. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.
- MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *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, A. N. 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*.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

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

PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia R. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

RODRIGUES, L. B. *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, C. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Luis Virgilio 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, C. A. M. *Segurança jurídica e jurisprudência* – Um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

STRECK, L. L. *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 junho de 2021:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> >

VASCONCELOS, A.; BRAGA, R. M. da C. *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.