

Data do recebimento: 28/08/2022

Data do Aceite: 26/12/2022

.....

O PROBLEMA DO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA VISÃO JUSNATURALISTA DE JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

.....

*THE PROBLEM OF THE ACTIVISM OF THE SUPREME
FEDERAL COURT IN THE JUSNATURALIST VIEW OF
JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA*

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé¹

Wilson Franck Junior²

Lília de Sousa Nogueira³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos Fundamentais e Democracia; 2 Garantias Fundamentais em José Pedro Galvão de Sousa; 3 O Supremo Tribunal Federal e as possíveis violações às garantias fundamentais; 4 Conclusão; Referências.

1 - Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Especialista de Direito Civil e Processo Civil pela UNINOVAFAPI. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela UNINOVAFAPI. Advogada. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8822423275712919>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7230-7093>. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com.

2 - Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3034081265409577>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7492-9634>. E-mail: wilsonfranckinior@gmail.com.

3 - Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/411395693377124>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2099-6661>. E-mail: liliadesousa@hotmail.com.



RESUMO: O presente artigo pretende refletir sobre o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, na sua atuação ativista, para a segurança jurídica e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Para tanto, recorre-se ao pensamento e às lições do filósofo e jurista José Pedro Galvão de Sousa na tentativa de encontrar um fundamento sólido para a reconstrução da ordem jurídica em um Estado Democrático. A metodologia utilizada é a dedutiva; a pesquisa é essencialmente bibliográfica, com uso de livros, artigos científicos, pesquisas, monografias e teses, além de análise de jurisprudências do próprio STF. O objetivo principal é averiguar a corrente jusnaturalista de Galvão de Sousa como suporte para cercear o ativismo jurídico e seus impactos negativos aos direitos e garantias fundamentais. Quando o Judiciário assume a qualidade de “tribunal político”, o que ele faz é desconsiderar a representação democrática e camuflar seu autoritarismo. Para Galvão de Sousa, a democracia depende da execução de um Estado de Direito que impõe submissão do Estado à ordem jurídica, a fim de fortalecer garantias a todos contra o arbítrio do poder. Segundo o jusfilósofo, se o princípio representativo naufragar, muito difícil será evitar os regimes de arbítrio, e o caminho estará franqueado ao Estado totalitário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Jurídico. Jusnaturalismo.

***ABSTRACT:** The present article intends to reflect on the impact of the decisions of the STF, in its activist action, for the legal security and weakening of the Democratic State of Law. In order to do so, we resort to the thought and lessons of the philosopher and jurist José Pedro Galvão de Sousa in an attempt to find a solid foundation for the reconstruction of the legal order in a Democratic State. The methodology used is deductive; The research is essentially bibliographic, using books, scientific articles, research, monographs and theses, and the jurisprudence of the Federal Supreme Court itself. The main objective is to investigate Galvão de Sousa's natural law current as a support to curtail legal activism and its negative impacts on fundamental rights and guarantees. When the Judiciary assumes the quality of a "political court", what it does is to disregard democratic representation and to camouflage its authoritarianism. For Galvão de Sousa, democracy depends on the implementation of a rule of law that imposes the submission of the State to the legal order in order to strengthen guarantees to all against the abuse of power. According to the philosopher of law, if the representative principle fails, it will be very difficult to avoid arbitrary regimes, and the way will be open to the totalitarian State.*

KEYWORDS: Fundamental Rights. Federal Supreme Court. Legal Activism. Jusnaturalism.

INTRODUÇÃO

Quando Montesquieu desenvolveu a teoria da separação dos poderes na forma de freios e contrapesos, visava propiciar liberdade política aos cidadãos por meio da segurança jurídico-institucional. Por isso, cada um dos três poderes deveria ter uma função, além de fiscalizadora dos demais, limitadas às suas atribuições, para assim não invadir o âmbito de atuação dos demais poderes. É imperativo lembrar que, na visão de Montesquieu quanto ao Poder Judiciário, há nulidade e inviabilidade, porque o poder de julgar não está ligado nem a certo Estado, nem a certa profissão (MONTESQUIEU, 2000, p. 169). Para o autor:

(...) dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172).

Não é necessário muito esforço para entender que a história, cíclica como é, não deixaria de reinvocar antigos pactos por anseios conhecidos pela humanidade: o combate ao crescimento de um poder tirânico. Revisitar o passado por meio de estudos faz parecer que a trágica ascensão de poderes totalitários é quase uma lenda, principalmente quando se olha para a história da perspectiva do jovem estudante que, por toda sua vida, esteve sob o véu da democracia, e por isso se crê imunizado contra discursos ideológicos antidemocráticos. Ocorre que, geralmente, os partidos que instauraram regimes totalitários ascenderam ao poder com discursos sedutores de defesa das vítimas, sejam quais forem, a exemplo das vítimas da fome, da desigualdade social, da guerra, da elite financeira judaica, do capitalismo, do comunismo, etc. A defesa das vítimas, nas democracias ocidentais do pós-guerra, tornou-se novo imperativo categórico. Tudo é possível fazer em nome delas. Por isso, discursos paracléticos são um dos principais expedientes utilizados para favorecer o crescimento de poder de grupos políticos autoritários, pois legitimam suas ações ilegais e angariam a simpatia de terceiros que aderem à sedutora ideologia de lutar pelos vulneráveis e menos favorecidos.

Nas últimas décadas, o brasileiro tem voltado sua atenção ao Supremo Tribunal Federal, cuja atuação tem se mostrado, sob o olhar de parcela considerável da população e da classe jurídica, cada vez mais dissonante da Constituição da República, a qual os ministros daquela Corte, como guardiões da Lei Maior, deveriam proteger e obedecer. Tal atuação, que muitos juristas acusam de “ativismo judicial”, reveste-se de um discurso nobre de proteção da “democracia” e dos “direitos humanos”, palavras que, atualmente, evocam a ideia paraclética de proteção de minorias, vulneráveis e hipossuficientes. Isso significa que o STF tem uma vocação autoritária latente? Não necessariamente.

Porém, é fato que algumas atitudes, decisões e declarações dos ministros têm motivado não apenas insatisfação ou desconfiança, mas gerado um estado de completa insegurança e angústia, favorecendo que se fale, aqui e ali, em ruptura institucional e interferência entre os poderes. Na rede social *Twitter*, as *Hashtags* #STFVergonhaNacional e #STFRompeuADemocracia já alcançaram, em algumas ocasiões, os *trending topics* da plataforma, o que significa que estiveram no topo dos assuntos mais comentados e discutidos.

Diante das alegadas críticas ao ativismo judicial do STF, muito em voga atualmente, o presente artigo pretende promover uma reflexão sobre o papel e a importância do Poder



Judiciário para a salvaguarda dos direitos fundamentais em um regime democrático, valendo-se, para isso, das ideias do filósofo e jurista brasileiro José Pedro Galvão de Sousa. O objetivo principal é averiguar a corrente jusnaturalista de Galvão de Sousa como suporte para cercear o ativismo do judiciário e seus impactos negativos contra os direitos e garantias fundamentais. Por isso, para fins metodológicos, cabe explicar que, embora ainda pouco conhecidas e debatidas na academia, as ideias jusfilosóficas de José Pedro Galvão de Sousa, ora tomadas como objeto formal da pesquisa, são tradicionais. Porém, o ativismo judicial, que é o objeto material da pesquisa, é um tema recente e, como tal, precisa ser explorado e examinado de vários pontos de vista, mesmo daqueles considerados mais tradicionais ou antigos, como é o caso das ideias jusnaturalistas de José Pedro Galvão de Sousa.

Mais estudada na Europa do que no Brasil, principalmente na Espanha, a obra desse notável jurista ajuda a pensar o modelo de estrutura do Estado e da política a partir da filosofia clássica aristotélico-tomista (ALENCAR, 2009). Mas, antes de adentrarmos propriamente no assunto, cumpre primeiro apresentar um pouco sobre a vida e a obra do autor.

Galvão de Sousa era bacharel, em 1934, pela Faculdade de Direito de São Paulo. Graduou-se também em Filosofia, em 1936, pela Faculdade de Filosofia e Letras de São Paulo – também conhecida por Faculdade de São Bento, por referência ao mosteiro beneditino em que foi fundada (ALENCAR, 2009). Era profundamente conhecedor do tomismo e dominava o direito natural de forma a nunca ser contestado, tamanha sua rigorosa fundamentação e domínio na área (SCANTIMBURGO, 1992). Pelo seu mérito intelectual e legado, tornou-se um dos maiores jusnaturalistas do Brasil e ofereceu teses capazes de consolidar a democracia e a liberdade humana a partir da perspectiva tradicional.

Quanto ao aspecto procedimental, a presente investigação se vale, essencialmente, do método lógico-dedutivo e hermenêutico-crítico, tendo como metodologia principal a revisão bibliográfica. A finalidade da investigação é precipuamente exploratória, pois pretende contribuir para o debate apresentando o tema a partir de uma nova perspectiva, ainda não explorada. A revisão bibliográfica foi realizada por meio do acesso às seguintes 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. Foram estabelecidos os seguintes critérios de inclusão: texto completo disponível em línguas portuguesa e inglesa sem delimitação de ano para as literaturas encontradas acerca do assunto.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

O Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma ordem jurídica hierarquizada cuja efetivação depende, em parte, da supremacia da Constituição, na qual se inserem direitos fundamentais que limitam a atuação do Estado. Dessa maneira, a Constituição vincula o Estado à efetivação dos direitos fundamentais, surgindo deste vínculo uma situação jurídica (ALEXANDRINO, 2007).

Partindo-se desse postulado, o significado clássico de direitos fundamentais “repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”. Ou seja, “a ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz” (DUQUE, 2014, p. 50).

Quando ocorre lesão aos direitos fundamentais, decorrente do Poder Público ou de particulares, irrompe, para o titular dos direitos lesados, uma pretensão jurídica a ser exercida por meio do direito de ação.

Segundo Lafer (1995, p. 239), os direitos fundamentais encontram-se divididos:

Enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Muito já se tem falado de uma pretensa “superação histórica do jusnaturalismo” e de um alegado “fracasso político do positivismo”. O principal problema encontrado na corrente positivista é como se determina uma ordem justa para as relações humanas, pois a percepção de justiça primordialmente determina que uma ação justa não necessitaria de uma definição prévia de valores morais ou éticos (XAVIER; SANTOS; BONIN, 2020).

Em meio a esse cenário aparentemente crítico da “pós-modernidade”, abriu-se o caminho “para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.” Deu-se o nome de “pós-positivismo” para designar, provisória e genericamente, um novo ideário de valores difusos que se estabelece no ocaso do jusnaturalismo e do positivismo, e que incluem, via de regra, teses sobre a definição “das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2002).

2. GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Conforme preleciona José Pedro Galvão de Sousa (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998, p.169) em seu Dicionário de Política, o objeto da justiça é o direito, e justiça trata de dar a cada um o que é seu, ou seja, a justa proporção nas relações entre os homens, ordenadas para um bem comum. Essa justiça, entretanto, não advém de uma arbitrariedade humana, mas de uma norma objetiva que deve ser respeitada e não cede aos desejos e caprichos humanos. Para ele, visto que as leis humanas constituem a ordem jurídica positiva, estas só serão verdadeiras a partir de um critério superior e objetivo; o conceito de direito natural surge como uma norma objetiva que fundamenta o agir humano.

Galvão de Sousa (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998, p.170) distingue, no direito natural, duas ordens de direito: o direito objetivo, que designa o objeto da lei, e o direito subjetivo, que compete ao indivíduo particular. Esse direito (ou lei) natural não seria um mero arquétipo ideal que deve ser apenas contemplado, como se nunca fosse possível alcançá-lo. Antes o contrário. O direito natural está objetivamente ligado à natureza do ser e versa sobre o agir deste ser; ele é a lei que rege a liberdade (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998).

Para o filósofo jusnaturalista, os direitos fundamentais, quando objeto das garantias constitucionais, têm sido geralmente entendidos como direitos naturais. Como decorrem da

natureza humana, os direitos fundamentais possuem distintas modalidades: como substância, tendem à conservação da própria vida; como organismo vivo, constituição e organização familiar; pela capacidade de razão, o homem aspira ao conhecimento da verdade, assim, cabe a liberdade de pensamento, de expressão, de religião, direitos intelectuais; dada a sociabilidade, o direito de associação ou de representação política junto ao poder (SOUSA; CARVALHO; GARCIA, 1998).

Nesse sentido, Branco (2017, p. 128) afirma que a função do Estado é servir aos cidadãos, garantindo-lhes os direitos básicos:

A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos (2017, p. 128).

Esse rol de direitos fundamentais refletiriam os ensinamentos do Cristianismo. Dignificadores da pessoa humana, tais ensinamentos se constituíram corolários do direito natural e do direito divino (SOUSA, 1998). Porém, para a efetivação e continuidade desses direitos, é necessária uma sociedade politicamente organizada. Sobre o assunto, vale recordar as próprias palavras de Galvão de Sousa (1971, p. 17):

Toda sociedade politicamente organizada é representada pelo poder. Este lhe proporciona unidade, paz e segurança. União moral e estável de vários indivíduos em vista de um fim, a sociedade requer uma autoridade, para tornar efetiva a cooperação de todos segundo o objetivo comum a atingir. O poder ou a autoridade — duas expressões, acentuando a primeira a força ou a eficácia diretiva, e a segunda, o direito ou a superioridade moral — é um princípio de unidade social, coordenando a atividade dos particulares para a consecução do bem comum.

Compreende-se que pode haver perfeita consonância entre os detentores do poder e os demais membros do corpo político, ou inexistir esse acordo, porém, pode haver o consentimento popular à autoridade. O consenso popular pode ser obtido à força ou por métodos de propaganda, como é o caso, em geral, dos governos tirânicos, que também optam por técnicas de sugestão e, não raras vezes, de intimidação, meios característicos das modernas técnicas de dominação política. Assim, o ideal de democracia representativa nas democracias modernas é justamente fazer imperar a vontade do povo no governo que o representa (SOUSA, 1971).

A democracia dependeria da execução de um Estado de Direito, que, por sua vez, depende das seguintes condições: a) submissão do Estado à ordem jurídica, que se impõe, por regras de caráter geral, igualmente a governantes e governados; b) garantias a todos contra o arbítrio do poder, impondo-se a submissão do Estado ao direito por processos aptos a proporcionar à sociedade os meios de tornar efetiva a referida submissão, podendo os governantes ser responsabilizados perante a justiça por atos de transgressão da ordem jurídica; c) independência do Direito, que é superior ao Estado e não uma criação do próprio Estado, reconhecendo-se assim um critério objetivo de justiça, do qual depende o direito positivo, cujas normas, por isso mesmo, não são disposições providas exclusivamente da vontade do legislador; d) respeito por parte do Estado, quando da elaboração de suas leis, ao direito histórico constituído na sociedade política e aos ordenamentos jurídicos dos grupos aí existentes, sem lhes suprimir a justa autonomia (1971, p.18).

Para corroborar a importância da democracia representativa e das atribuições de cada poder, o filósofo é categórico (1971, p.33):

A crise do Poder Legislativo e da representação política — à qual, nos governos representativos modernos, foi confiada a tarefa própria daquele poder, isto é, a função de elaborar normas de direito — é matéria de sociologia política da maior relevância. Se o princípio representativo naufragar, muito difícil será evitar os regimes de arbítrio, e o caminho estará franqueado ao Estado totalitário.

Galvão de Souza entendia a representação política autêntica como uma tribuna da comunidade nacional, um retrato dos grupos que a compõem. Dessa forma, o Governo, na supervisão desse conjunto expresso pela representação política, é responsável por desenvolver uma unidade social por intermédio de uma legislação sábia a prudente (NASCIMENTO, 2015).

Ademais, de acordo com o autor, um dos requisitos para a condição de legitimidade do poder é que a sua atuação não esteja direcionada a satisfazer a totalidade dos fins humanos, como ocorre em regimes totalitários. Deve-se apenas assegurar as condições necessárias e não realizáveis pelos agrupamentos intermediários para o desenvolvimento do corpo social. Dessa forma, o poder é legitimado quando respeita a esfera de ação dos grupos a ele submetidos, isto é, quando é limitado “pelo fim que constitui a sua razão de ser”, ou seja, “assegurar a ordem, manter a paz e contribuir para a prosperidade pública.” (SOUSA, 1976, p. 96).

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

Um ano após a Proclamação da República, em 1890, o Decreto nº 510, de 22 de junho, regula a competência e a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, inicialmente, passa a ser composto por 15 Ministros. Já o Decreto-Lei nº 848, de 11 de outubro, lança as bases da organização judiciária da União, estabelecendo uma estrutura de dupla jurisdição.

No momento de criação do STF, o jurista Rui Barbosa assente que, na qualidade de fundador da constituição, a liberdade individual não deve ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. Para o jurista, esse tribunal seria o sacrário da Constituição, capaz de guardar sua hermenêutica numa espécie de veto permanente aos sofismas opressores da razão de Estado, tal como ocorria nos Estados Unidos, naquela época (MAYER, 1988). Enfaticamente, seguiu como alerta de Rui Barbosa a declaração de que se a Suprema Corte se coagular morta, no texto, como sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estaria perdida.

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Supremo Tribunal Federal manifestam-se conforme o que idealizou Rui Barbosa: a Suprema Corte é a guardiã e órgão último de interpretação constitucional da República.

Nas últimas décadas, o STF vem alargando cada vez mais sua autoridade, sofrendo críticas por seu ativismo; e essa abrangência de poder decorre, de um lado, da crise do Poder Legislativo e, de outro, de certa legitimação dada ao Poder Judiciário pelo povo, que anseia pela moralização social e vê na atividade jurisdicional um meio para se alcançar esse fim.

Em um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a preocupação maior é com a nítida separação dos poderes, com vistas a se evitar algum autoritarismo que pudesse ressurgir com a supremacia de algum poder sobre outro. Para isso, transfere-se o controle

da normatividade para uma Corte Constitucional, cuja atuação nesse sentido é própria, uma vez que somente a ela caberia tal poder, excluindo-se os demais órgãos jurisdicionais (CAPPELETTI, 1992).

Para Cappelletti (1992, p. 82), o Tribunal Constitucional deveria se ater à interpretação da lei, delimitar sua validade perante os princípios e regramentos da Constituição e determinar sua eficácia *erga omnes*, de maneira geral, jamais ampliando essa interpretação para além das margens definidas na Constituição. Desse modo, a fundamentação das decisões sempre giraria em torno da normatividade existente, afastando-se a amplitude da vinculação aos precedentes.

Conforme aludem Costa e Zolo (2006, p.25), o Poder Judiciário, tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, havia sido objeto de prescrições exclusivamente negativas. Dessa forma, os juízes não deviam intervir no exercício do Poder Legislativo, bem como não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança, que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime, fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos (COSTA; ZOLO, 2006).

Em se tratando da atuação do Poder Judiciário, denominou-se de “ativismo judicial” a invasão desse poder sobre as demais esferas de poder. Tal expressão foi cunhada nos Estados Unidos e 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 (BARROSO, 2003). 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.

Entretanto, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2003).

Seguindo essa influência, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi responsável pela estruturação de um Judiciário dotado de total autonomia institucional, algo que tem sido objeto de destaque até mesmo no âmbito do direito comparado e era inexistente em nosso ordenamento. Essa “autonomia” vem garantida pela competência de regulamentar-se administrativa e financeiramente (MENDES; BRANCO, 2013).

O modelo axiológico de Constituição apresenta os fenômenos sociais como geradores de normas na esfera jurídica (SCHMITT, 2007). 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, tratando essa decisão política fundamental como um resultado que antecede e dá origem a qualquer produção normativa (SCHMITT, 2007).

Vale ressaltar que o Poder Judiciário 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 pelos 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, 1973).

Segundo Ran Hirschl (2006, p.723), questões de megapolítica ou política pura não possuem diretrizes constitucionais, visto que os juízes constitucionais teriam de basear as suas decisões naquilo que seria melhor para a sociedade ou para a nação e, nesse campo da opção política, não haveria nada que indicasse que a sua decisão seria qualitativamente superior à do Executivo e à do Legislativo.

A atuação cada vez mais ativista do intérprete da lei pode fragilizar princípios constitucionais, especialmente a segurança jurídica, entendida como mecanismo de previsibilidade e estabilidade da atuação do Estado. 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. Dessa maneira, sua violação provoca a instabilidade do Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do inciso XXXVI do seu art. 5º, delibera acerca da segurança jurídica que se encontra enucleada 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.

Conforme preceitua Sarlet (2007 p.3), o princípio da segurança opera como um tipo de “cláusula geral” que o legislador constituinte conecta a outros princípios de igual natureza discriminados no art. 5º, a exemplo do princípio da legalidade (inc. II), da anterioridade e irretroatividade da lei penal (incs. XXXIX e XL) e o da personalidade da pena (inc. XLV), entre outros.

Dworkin (2000, p.250) também faz uma importante reflexão sobre a relação entre o intérprete da lei e o legislador, afirmando 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.

De todo modo, apesar da importância jurídica dos princípios, observa-se certo abuso no uso da teoria dos princípios por parte do Poder Judiciário. Não raras vezes os juízes valem-se de argumentos retóricos sob a roupagem da defesa de certos princípios. Sobre o tema, Ricardo Marcondes Martins (2018, p.40) tece as seguintes críticas:

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 uma sentença. Tanto a utilização “esperta” como a utilização “preguiçosa” dos princípios importam no fim do Estado de Direito.

O problema principal ocorre por parte do intérprete da lei. Amparado pelo

neoconstitucionalismo, o magistrado pode exercer o poder mediante a aplicação de suas convicções pessoais sob a forma da defesa principiológica de certos valores pretensamente democráticos e constitucionais. Esse *modus operandi* estaria na contramão do positivismo jurídico (que aplica solenemente a letra da lei), e assim colocaria em risco a ordem constitucional caso a comunidade jurídica aceite, de forma incontestada, a discricionariedade sem dúvida bem-intencionada, mas extremamente preocupante, do juiz.

Nessa senda de representar a vontade e os valores do “povo”, percebe-se claramente uma postura defensora do ativismo judicial no voto do Ministro Ayres Brito na ADI 3510:

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.

Ressalte-se que, 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, segundo o qual 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).

Mesmo diante da suposta preocupação do STF em salvaguardar a segurança jurídica, algumas atuações mais “ativistas” têm tomado proporções questionáveis do ponto de vista da estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas e da atuação do Estado. Nesse sentido, algumas objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil, que se resumem em três pontos críticos: os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Vale salientar que “o magistrado deve ser leniente em relação à lei, mas não se pode julgar apenas de forma literal” (WIVIURKA, 2020). Ademais, o jusnaturalismo não defende uma simples exegese de determinado conjunto de normas que seja substancialmente justo, pois há espaços para que, por meio de uma interpretação, o juiz de fato concretize o bem-comum em uma demanda judicial (WIVIURKA, 2020).

Esse protagonismo do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao ativismo judicial, que apresenta características próprias relativamente aos fatores de impulsão, como o enfraquecimento da representação política - que propicia a criação do espaço político, avidamente ocupado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro - e a disseminação do neoconstitucionalismo nos meios acadêmico e judicial (RAMOS, 2020). Ademais, a difusão do neoconstitucionalismo fornece amparo ideológico à empreitada ativista, sempre sob o argumento falacioso de que a concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, é incompatível com um Judiciário complacente com as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo (RAMOS, 2020).

Muitas vezes, o Judiciário é acionado pela população em razão da omissão do Poder Executivo, o que faz com que magistrados adentrem noutra esfera de poder. A exemplo, um caso que gerou repercussão em torno do ativismo judicial foi o julgamento da ADPF 347, em 2017. O julgado em questão era de um caso de violações de Direitos Humanos em estabelecimentos prisionais brasileiros; e o Supremo Tribunal Federal interveio na alocação de recursos para garantir condições adequadas à população carcerária (WIVIURKA, 2020). A seguinte situação também é discutida pelo Estado de Coisas Inconstitucionais, pois se o Executivo tivesse feito sua parte, a demanda judicial nunca teria existido. Porém, diante da ineficácia administrativa, o Judiciário foi acionado e respondeu da forma que julgou ser a que mais assegurava os direitos fundamentais (WIVIURKA, 2020).

Além disso, decisões arbitrárias, baseadas em interesses pessoais ou de consciência, podem estremecer as garantias fundamentais já conquistadas, causando instabilidade na segurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

Por sua própria natureza, o Poder Judiciário deve ter atuação jurídica, senão de forma absoluta, ao menos essencialmente. E isso porque, para o Estado Democrático de Direito, o núcleo essencial do princípio da separação de poderes exige, para a função jurisdicional, uma atuação dentro de seus limites constitucionais, razão pela qual o controle exercido por este órgão constitui-se como contrapoder da função legislativa como instrumento político.

Em certa medida, é inevitável uma tensão entre os poderes. Para usar uma metáfora musical, a tensão entre os poderes equivale à tensão entre notas musicais dentro de um mesmo campo harmônico. Ocorre que o ativismo judicial, por romper com o positivismo, representa uma ruptura com a própria harmonia dos poderes, pois transforma o magistrado em um agente promotor da expansão de sentidos dos princípios, o que implica, em última instância e numa contingência maior, a capacidade de criar normas jurídicas. Logo, a postura impositiva de um Judiciário ativista é, em grande medida, decorrência da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador. Desprovido de qualquer constrangimento ao exercer competências de revisão cada vez mais amplas, o Judiciário amealha um poder quase inquestionável.

Entretanto, devido aos recorrentes conflitos de interpretações principiológicas por parte do Supremo Tribunal Federal e ao crescente receio de este órgão atuar como “um quarto poder” (com competências legislativas e executivas), cada vez o valor da segurança jurídica é reconhecido pela sociedade como um fator de garantia da estabilidade de um regime democrático em que o

cidadão tem a liberdade, dentro de padrões éticos mínimos, para conduzir, planejar e conformar a sua vida de acordo com regras claras e previsíveis, editadas pelo Parlamento e interpretadas pelo Judiciário.

É nesse sentido que o princípio da segurança jurídica é considerado como elemento constitutivo do Estado de Direito. A atuação do STF é regida não só pela Constituição Federal, mas também pelo seu próprio Regimento Interno, que determina a composição e a competência dos seus órgãos internos e também regula o processo e o julgamento dos feitos atribuídos à Suprema Corte pela Constituição, além de disciplinar seus serviços, etc.

É mister que o Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente nomeado como guardião da Constituição, deve se manter contido, evitando ingerências em deliberações parlamentares e garantindo, assim, o sistema democrático e os direitos fundamentais sem precisar reinventar a ordem jurídica.

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar sobre pontos sensíveis da democracia em que o Legislativo e o Executivo se mostram falhos, omissos ou insuficientes. Tais condições costumam acarretar uma aproximação perigosa entre as esferas do Direito e da Política, tornando-se difícil distinguir, em vários casos, 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. Pode assim passar a ser visto com desconfiança pelos cidadãos e atores políticos da república, como um elemento nocivo aos pressupostos de um regime democrático (MAIA, 2008).

Para corroborar a importância da democracia representativa e das atribuições de cada poder, o filósofo José Pedro Galvão de Sousa é categórico ao defender que a crise do Poder Legislativo ocorre quando este poder perde seu espaço, na sua própria esfera, aos desígnios da atuação de outro poder. Para o jusfilósofo, o naufrágio do princípio representativo possibilita a ascensão dos regimes de arbítrio, franqueando caminho para um Estado totalitário.

A visão jusnaturalista de Galvão de Sousa aplicada à atuação do Supremo Tribunal Federal acarreta o respeito quanto à legitimação de poder e aos limites de sua atuação na esfera de ação dos grupos submetidos. Nesse caso, quando o Judiciário respeita os limites de suas competências, há uma condição de estabilidade para a manutenção da segurança jurídica, evitando-se, assim, violações aos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Flávio Lemos. José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992): a influência de Santo Tomás em seu pensamento! **AQUINATE**, n.º9, (2009), 295-297. Disponível em: <<http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/2-Galvao.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: introdução geral. Estoril: Princípiã. 2007.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3208/fundamentos-teoricos-e-filosoficos-do-novo-direito-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial De Constitucionalidade Das Leis No Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

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

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

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito:** história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de 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.

LAFER, Celso. **Desafios: ética e política**. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 239.



MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 180, p. 375-390, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.

MAYER, Rafael. **Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal, Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília. 173 (41):3-23, jul./set. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revidada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Abril, 1973.

NASCIMENTO, Silvio Firmo do. O direito natural, o direito positivo e o estado de direito na visão de José Pedro Galvão de Sousa. **Revista Estudos Filosóficos**, n. 14/2015, DFIME – UFSJ, São João del-Rei-MG. p. 174-191.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira. **Revista De Direitos Humanos E Desenvolvimento Social**, 1, 1-19, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.24220/2675-9160v1e2020a5200>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCANTIMBURGO, João de. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 40, fasc.168. São Paulo 1992.

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

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Da Representação Política**. São Paulo: Saraiva, 1971.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à Teoria do Estado**. São Paulo: RT, 1976.

SOUSA, José Pedro Galvão de; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; GARCIA, Clóvis Lema. **Dicionário de Política**. Editora T. A. Queiroz. 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Documentos Históricos. Cronologia**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bicentenario/historia/cronologia.asp>. Acesso em: 04 ago. 2022.

WIVIURKA, Eduardo Seino. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural.** Dissertação de Tese de Doutorado, Curitiba: UFPR. 2020.

XAVIER, Leonardo Augusto Oliveira; SANTOS, José Francisco dos; BONIN, Joel Cezar. A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e suas Possíveis Convergências do Jusnaturalismo de Tomás de Aquino e do Juspositivismo de Hans Kelsen. **Revista Ponto de Vista Jurídico**, v. 9, n. 2, p. 117-136, 2020.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

