

Recebido em: 19/02/2020

Aprovado em: 24/06/2020

# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA RELEVÂNCIA NA ERA DO ATIVISMO JUDICIAL

*LEGALITY AND ITS RELEVANCE IN JUDICIALACTIVISM  
TIMES*

*Renata Beckert Isfer*

*Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba,  
UNICURITIBA. Procuradora Federal. Secretária de Petróleo, Gás Natural e  
Biocombustíveis do Ministério de Minas e Energia*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Histórico e Conceito do Princípio da Legalidade; 3. O Princípio da Legalidade como garantia do Princípio Democrático; 4. O Princípio da Legalidade como garantia do Princípio da Separação dos Poderes; 5. Princípio da Legalidade como garantidor do Princípio da Igualdade; 6. Conclusão; 7. Referências

**RESUMO:** O presente artigo busca resgatar a importância do princípio da legalidade, o qual nos últimos tempos tem sido preterido nos trabalhos acadêmicos e nas decisões judiciais, em nome da defesa dos direitos humanos e da luta contra a corrupção. Inicia-se com o seu histórico, conceito e contornos no sistema jurídico brasileiro, para então demonstrar como a sua observância é indispensável para a garantia de outros princípios constitucionais, os quais, em última análise, são os garantidores do respeito aos direitos humanos e de toda a Constituição. Nesse sentido, a legalidade é indispensável para a preservação do princípio democrático, eis que as leis são elaboradas por representantes do povo, com grandes debates de ideias e publicidade, ao contrário das decisões judiciais e da maioria das decisões administrativas. É também uma das ferramentas do sistema de pesos e contrapesos da tripartição de Poderes, tão necessária para evitar abusos e arbítrios pelo governo. Por fim, é garantidor do princípio da igualdade, pois se aplica a todos de forma geral e abstrata. Dessa forma, ao realizar o Controle de Constitucionalidade, o Poder Judiciário deve buscar respeitar, ao máximo, o princípio da legalidade, atuando apenas quando há violação inequívoca a preceitos e direitos constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legalidade. Judiciário. Origem. Conceito. Democracia. Separação de Poderes. Igualdade. Ativismo Judicial.

**ABSTRACT:** This article intends to remind the great importance of legality, a principle that has recently been belittled in academic works and judicial rulings, under the pretext of defending human rights and fighting corruption. It starts with the origin of legality, its concept and characteristics in the Brazilian legal system, and then demonstrates that it guarantees all other rights to the people, including human rights and the Constitution itself when observed by the Judiciary. Legality is necessary to assure that democracy will stand, as representatives of the people create the law, through a process that includes debates and publicity, opposed to the creation of rulings and executive orders. It is also a tool for the system of checks and balances, which is necessary to avoid abuses by the government, and to guarantee equality, since laws apply to everyone, indistinctly. Therefore, the Judiciary must always respect the laws of the country, exercising the power to declare them unconstitutional only when it is clearly affronting constitutional rights.

**KEY WORDS:** Legality. Judicial System. Origin. Concept. Democracy. Separation of Powers. Equality. Judicial Activism.

## INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é um dos principais cânones do direito constitucional brasileiro. Trata-se de um comando que se ramifica por diversas áreas especializadas do direito, mas que é especialmente enfatizado diante das relações travadas pela Administração Pública. A esse respeito, a preocupação do constituinte foi reiterada insistentemente em diversos dispositivos que estabelecem a subordinação da Administração ao império da legalidade.<sup>1</sup>

À primeira vista, pode parecer exagerada a repetitividade com que se tratou do assunto no texto constitucional. Todavia, a versão mais difundida entre os cientistas políticos clássicos consigna que a história do Estado moderno é repleta de arbítrios cometidos pelo titular do Poder Executivo, muitas vezes tentando sobrepujar-se à lei (MONTESQUIEU, 1996, p. 24; ENTERRÍA, 1981, p. XV e ATALIBA, 1998, p. 16). Por sua vez, o Poder Judiciário, em seus primórdios, não possuía a independência necessária para atuar em defesa dos princípios e garantias constitucionais, de modo que frequentemente validava arbítrios praticados pelo Poder Executivo.<sup>2</sup> Esse desequilíbrio entre os poderes foi gradualmente abrandando ao longo de muitos anos, com a atribuição e efetivação de garantias aos juízes.<sup>3</sup>

Atualmente, vivencia-se o ápice da importância e proeminência do Poder Judiciário na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, mesmo nos países que praticam a civil law. Juízes e tribunais frequentemente preenchem lacunas no ordenamento jurídico (KELSEN, 1998, p. 212) e refutam a aplicação de normas jurídicas, de modo a garantir, geralmente em casos concretos, a observância de comandos previstos nas Constituições. Essa tendência é chamada mundialmente de ativismo judicial (BARROSO, 2012)<sup>4</sup>.

1 A exemplo do art. 5º, II e XXXIV, o art. 37, o art. 49 e o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

2 Trata-se de uma visão difundida entre os cientistas políticos clássicos, como Montesquieu (1996, p. 172) e Alexander Hamilton (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 235-237). Esse entendimento, porém, é contestado por importantes autores (GONOD, 2007, p. 70; LAFERRIERE, 1887, p. 126-127; GOLDONI, 2013, p. 33-34).

3 Exemplo disso está na formulação da regra da vitaliciedade dos juízes no sistema norte-americano, conforme Hamilton (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 239-240).

4 Muitos autores chamam de ativismo judicial apenas as situações em que o Poder Judiciário vai além de sua competência de aplicar a Constituição (RAMOS, 2010, p. 107). Para fins do presente artigo, a terminologia “ativismo judicial” não é tão relevante quanto a compreensão da importância do princípio da legalidade e como ele deve ser considerado na presente era de proeminência do Poder Judiciário.

O problema surge quando o judicial review é exercido de forma incontida, quando alguns juízes derrogam normas jurídicas emanadas dos outros poderes para satisfazer convicções políticas que porventura tenham sobre determinados temas. (SHAPIRO, 1998, p. 156). Não se questiona a prática do controle de constitucionalidade ou mesmo a legítima prolação de sentenças e acórdãos que assegurem a efetivação de direitos subjetivos previstos na Constituição, mas a manipulação de conceitos amplos constantes da Carta Magna para fazer valer posições ideológicas, especialmente em sede liminar.<sup>5</sup>

Com esse cenário, pode-se vislumbrar a formação de um novo quadro de desequilíbrio de poderes, dessa vez em favor do Poder Judiciário, o que, ao final, pode colocar em xeque toda a construção de freios e contrapesos e vulnerar os mesmos direitos pretensamente defendidos por meio de uma postura ativista.

No embate entre princípios (ALEXY, 2011, p. 90-91), o da legalidade se tomou o “patinho feio” dos princípios fundamentais, muitas vezes considerado um mero “princípio burguês” (MARINONI, 2010, p. 25), resultado de uma briga de classes do século XIX, que já estaria ultrapassada e poderia ser substituída por decisões do Poder Judiciário. Sob este raciocínio, a prevalência dos juízes seria justificada pelo fato da magistratura ser a grande garantidora dos direitos fundamentais (BICKEL, 1986, p. 16-18; BARROSO, 2012, p. 14), muito embora grande parte dessas decisões tratem de direitos disponíveis<sup>6</sup>.

O fato é que desequilíbrios entre os Poderes da República têm o condão de ocasionar abusos em face do povo. Os próprios cientistas políticos clássicos alertavam para os perigos na debilidade do controle (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 107-109; MONTESQUIEU, 1996, p. 168) e, embora a ideia platônica de que o homem é um lobo para seus semelhantes (PLATÃO, 2016, p. 53) não seja aplicável a todos indistintamente, o poder muitas vezes magnetiza o ser humano. Com efeito, por mais que os juízes de hoje possam decidir com as melhores das intenções a pretexto de sublimar direitos tidos como fundamentais,

---

5 A superação do “mito da neutralidade” do jurista e um conclave a que todos, inclusive juízes, definam claramente seu compromisso ideológico é defendido, por exemplo, por Clémerson Merlin Clève (1995, p. 46).

6 Um exemplo muito claro disso foi a liminar proferida pela Min. Cármen Lúcia na ADI 4917, que suspendeu dispositivos da Lei n.º 12.734/2012 que preveem novas regras de distribuição de royalties do Petróleo. A liminar foi proferida em 18 de março de 2013 e continua em vigor até hoje, sem ter sido o processo julgado.

nada garante que seus sucessores farão bom uso de um poder de ditar a vontade normativa final. Lembre-se, ademais, que não existe controle das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil, que tem a última palavra na dicção das normas jurídicas (CAPELLETTI, 1999, p. 20-21) e é soberano em todas as suas decisões.

## 1 HISTÓRICO E CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A primeira afirmação do princípio da legalidade é costumeiramente atribuída à Carta Magna (TÁCITO, 1996, p. 1; NUCCI, 2018), editada pelos barões ingleses no reinado de João Sem-Terra. No referido documento, havia duas cláusulas que remetiam à necessidade de prévia aprovação pelo Parlamento para o estabelecimento de restrições à liberdade e propriedade dos súditos do reino inglês. A primeira delas fazia referência à imposição de tributo<sup>7</sup> (*no taxation without representation*) e a outra à punição por crimes.<sup>8</sup>

É importante registrar que mesmo antes da edição da Carta Magna, houve ocasiões específicas em que se exigiu o princípio de que nenhuma taxa poderia ser imposta sem a concordância daqueles que seriam afetados por ela, tanto na Inglaterra, como em outros países europeus<sup>9</sup>.

Na idade contemporânea, o reconhecimento constitucional do princípio da legalidade se deu com a Declaração de Direitos de 1789 e a *Bill of Rights*, que tiveram como propulsor a Revolução Francesa e a Independência Americana. Esses diplomas constitucionais inspiraram outros países, entre eles o Brasil, a introduzir em seus respectivos textos constitucionais esse cânone basilar.

---

7 12 – Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.

8 39 – Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

9 Isso se deu, por exemplo, com a imposição de um tributo de 10% (dez por cento) sobre a renda do clero e dos leigos, destinado ao pagamento das despesas de uma cruzada contra Saladino, em 1188. A decisão foi tomada pela deliberação de duas assembleias formadas pelos reis da França e da Inglaterra, arcebispos, bispos, condes, duques e barões de ambos os países. Foi realizada, ainda, uma terceira assembleia, composta por um grupo de cidadãos de posse e burgueses escolhidos de cada cidade a ser tributada. Essas assembleias tinham por objetivo a obtenção do consentimento para a cobrança do referido tributo. (UCKMAR, 1999, pp. 21-24).

A Constituição da Federal de 1988, mantendo a tradição consolidada por suas predecessoras republicanas, buscou evitar que o Executivo e o Judiciário possuam poderes para interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas sem o seu consentimento prévio, ainda que por meio de seus representantes eleitos. A edição de normas primárias – sejam elas de direito civil, penal ou mesmo administrativo – cabe, geralmente, ao Poder Legislativo, enquanto os atos administrativos e as decisões judiciais devem se limitar à aplicação da lei, salvo em caso de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da legalidade foi o instrumento encontrado pela sociedade para a garantia dos direitos fundamentais. Por meio dessa construção teórica, reservou-se ao povo, representado pelo Congresso Nacional, o poder de criar regras que interfiram em sua liberdade e propriedade. Por conseguinte, exceções à premissa de que as regras inovadoras do sistema jurídico somente podem ser criadas pelo Legislativo, como é o caso das leis delegadas e das medidas provisórias, devem estar sempre assentadas em hipóteses descritas na própria Constituição Federal, que estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para que seja possível a edição daqueles atos normativos.

Em determinados ramos do Direito, o princípio da legalidade ganha contornos ainda mais rígidos, justamente nas áreas em que o Poder Executivo e o Poder Judiciário possuem maiores chances de interferir em direitos e garantias individuais. Trata-se do Direito Administrativo, que regula as relações entre o Poder Público e os administrados, do Direito Tributário, que disciplina a arrecadação de impostos, taxas e contribuições pelo Estado, e do Direito Penal, que define as infrações penais e comina penas pelo seu descumprimento.

O comando geral do princípio da legalidade é aquele trazido pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, que afirma que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*”. Assim, existe a liberdade de atuação de cada indivíduo como cláusula geral, que somente pode ser excepcionada pela edição de lei.

Para a Administração Pública, a doutrina clássica defende que princípio da legalidade incide de maneira diversa, pois, além da não proibição por lei de determinada conduta, a sua atuação depende da existência de um permissivo legal que determine ou faculte a atuação do Estado. Assim, vigora a regra de que tudo o que não está expressa e antecipadamente permitido, está, de fato, proibido.<sup>10</sup>

10 Essa ideia é bastante enraizada na doutrina de administrativista tradicionais (MEIRELLES, 2002, p.86; MIRANDA, 1970, pp. 314-316).

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade revela-se com ainda maior importância e abrangência, tendo sido rotulado por Pontes de Miranda como “legalitariedade” tributária (MIRANDA, 1970, p. 1). A aplicação do princípio da legalidade nesse campo significa que somente a lei em sentido estrito pode criar ou majorar tributo, estabelecer os seus elementos essenciais, descrever a sua hipótese de incidência, seus sujeitos passivo e ativo, sua base de cálculo e sua alíquota.

No Direito Penal, como não poderia ser diferente, também vigora o Princípio da Estrita Legalidade ou da Reserva Absoluta de Lei em Sentido Formal, já que a sua desobediência pode ensejar a privação de uma das mais caras, senão a mais importante, das garantias fundamentais: a liberdade. Nesse campo, o princípio, conforme prescrições no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal, orienta que não há crime sem lei prévia que o defina (*nullum crimen, nulla poena sine previa*), nem há pena sem haja cominação legal. Significa dizer que os tipos penais incriminadores devem ser criados pela lei em sentido estrito para que, somente então, possam ser aplicados em casos concretos (NUCCI, 2018; CUNHA, 2013, p. 79-80).

## 2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O princípio da legalidade não tem um fim em si mesmo<sup>11</sup>, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana ou o princípio da isonomia. Isso não o torna menos importante porque é ele que dá suporte para a existência de um Estado Social e Democrático de Direito, sem o qual não seria possível garantir a observância dos demais princípios e garantias constitucionais. Desse modo, cabe verificar como ele protege o respeito ao princípio democrático.

A ideia de democracia, com o é de comum saber, surgiu na Grécia Antiga e traz a noção de que o governo deve ser exercido por todos, pelo povo. A ela se contrapõe a ideia de monarquia, em que o poder é exercido por uma única pessoa, e de oligarquia, em que o poder é exercido por uma minoria dominante, como já apregoava Aristóteles, na sua clássica obra “A Política” (1985, p. 203-205).

---

11 Não posso deixar de mencionar que há autores que questionam a natureza de princípio da legalidade, que teria natureza de regra (ÁVILA, 2011).

Existiu muito debate na antiguidade sobre qual dessas seria a melhor forma de exercício do poder e nem sempre se chegou à mesma conclusão (ARISTÓTELES, 1985, p. 48-50). Hoje não é possível vislumbrar que uma única pessoa ou uma pequena elite pensante conheça todas as dificuldades vividas pela população, em especial de um país de proporções continentais como o Brasil<sup>12</sup>, e que poderiam exercer o poder melhor que o povo. Por essa razão, o próprio Constituinte fez a sua escolha e logo no art. 1º, a Constituição Federal estabeleceu que “todo o poder emana do povo”<sup>13</sup> e que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Como o poder é exercido pelo povo, cumpre a ele aquiescer com a criação de regras que impactem na sua vida. Duas são visões de como se daria o consentimento popular: a democracia direta e a democracia representativa.

Embora a democracia direta seja uma ideia sedutora (SANTOS, 2007), ela é inviável para a tomada de decisões na velocidade exigida pelo mundo de hoje. Em nosso ordenamento jurídico, ela é exercida apenas excepcionalmente, nas situações em que se realizam plebiscitos e referendos, conforme art. 14 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 9.709/1998. Como muitas são as matérias e discussões, optou-se, no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, pela regra da democracia representativa, na qual são eleitos mandatários do povo para exercerem as opções políticas no Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, nas Câmaras de Vereadores e no Poder Executivo.

No processo de elaboração legislativa, no modelo teórico da representação, as decisões políticas emanam, em última instância, do povo, que elegeu aqueles representantes. Nesse ponto, não existe qualquer dúvida de que o controle de constitucionalidade existe em nosso sistema jurídico constitucional, eis que a Constituição Federal é expressa em seu art. 103. Todavia, ainda hoje se discute se esse instituto fere ou não o princípio da democracia, especialmente em países de Direito anglo-saxão.

Originariamente, por ocasião dos debates acerca da ratificação da Constituição Americana de 1787, Alexander Hamilton defendeu que se a

12 Esse entendimento, embora pareça óbvio nos dias de hoje, representou uma evolução no pensamento político. O próprio Montesquieu fazia defesa da incapacidade do povo de discutir os negócios públicos e de que seria “pessoas dignificadas pelo nascimento, riquezas ou pelas honrarias” as mais capazes para tanto (1996, p. 169-172).

13 Discute-se qual seria o conceito de “povo” (MÜLLER, 2010).

Constituição Americana traz limites para a atuação do legislativo, apenas o controle de constitucionalidade poderia garantir o respeito a essas normas, e que se uma lei inconstitucional for considerada válida, estar-se-ia admitindo que o representante é superior ao povo (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 236-240). Em tempos recentes, Ronald Dworkin acresceu que, no controle de constitucionalidade, o princípio da democracia está deslocado, pois se a Constituição definiu limites ao poder majoritário, as decisões não podem simplesmente refletir a posição da maioria da população (1989-1990, p. 324-346).

Em linha contrária, Robert Dahl afirma que não existe forma de desconstruir a teoria democrática a ponto de caracterizar como democrático um sistema em que políticas públicas defendidas por minorias prevaleçam sobre a maioria (1957, p. 283-286). Por sua vez, Jeremy Waldron argumenta que o *judicial review* é inapropriado para conferir a decisão final em sociedades livres e democráticas. Em seu raciocínio, se a supremacia legislativa corresponde ao governo do povo, é politicamente ilegítimo privilegiar a decisão de um pequeno número de juízes não eleitos em detrimento da vontade dos cidadãos comuns (2006, p. 1359).

O fato de que a Constituição estabelece limites para o poder de legislar, por si só, não afasta o caráter democrático das leis criadas pelo Poder Legislativo. Nesse ponto, mesmo os defensores do direito alternativo reconhecem que o processo constituinte se desenvolve sem interrupção (CLÉVE, 1995, p. 40). Assim, quanto mais uma Constituição corresponde ao que manifesta a disposição individual do tempo presente, mais força normativa ela tem (HESSE, 1983, p. 72). A questão é: a quem compete essa “atualização” da Constituição, no sentido de interpretá-la de forma mais atual e em alinhamento com a vontade do povo?

Tem-se que esse papel deve ser preponderantemente do Poder Legislativo, pois é muito claro que qualquer decisão judicial que declare a inconstitucionalidade de uma lei mitiga a noção de democracia. O controle de constitucionalidade constitui, portanto, uma exceção ao princípio democrático, autorizado pela Constituição Federal. Como tal, compete ao seu titular exercê-lo com parcimônia e, dentro do possível, respeitando ao máximo as escolhas feitas pelos representantes eleitos pelo povo para legislar.

Mesmo no caso do Poder Executivo, que é exercido por autoridade eleita pelo povo, verifica-se que as normas por ele criadas não trazem a mesma adesão à vontade popular com relação àquelas emitidas pelo Poder

Legislativo. Como já se teve oportunidade de escrever, as casas legislativas reúnem “representantes de diversas ideologias, grupos políticos, minorias e classes sociais, pelo que muitas correntes e facções se mesclam, devendo interagir, barganhar, ceder, compor e transigir para a produção final de uma lei” (ISFER, 2015, p. 83)<sup>14</sup>. Com efeito, o resultado dos trabalhos parlamentares é a produção de normas jurídicas mais consentâneas com a média do pensamento predominante entre a maioria do povo produto do equilíbrio entre várias tendências”.

De outra parte, as decisões do Poder Executivo decorrem de uma competência atribuída a uma única pessoa, que representa primordialmente a maioria que a elegeu. Não existe o debate e a composição entre visões e tendências diferentes, apenas o aconselhamento do titular do poder com um grupo de confiança, que geralmente compartilha da mesma ideologia e têm pouca diversidade de pensamento<sup>15</sup>.

No Poder Judiciário também se verifica essa mesma lógica, já que a maioria das decisões é tomada por uma única pessoa ou por órgãos colegiados cujos componentes não possuem a mesma diversidade de culturas e origens que o Congresso Nacional. Ao transferir a decisão de questões de moralidade política do Parlamento para o Judiciário, estamos voltando à noção clássica aristocrática de que uma elite pensante sabe decidir melhor que os representantes eleitos pelo povo (AMARAL JÚNIOR, 2014).

Necessário comparar também, no que tange às garantias democráticas, o processo de elaboração das leis, dos regulamentos e das decisões judiciais. Regulamentos, via de regra, são editados, modificados e extintos em gabinetes fechados, sem qualquer publicidade ou fiscalização por parte da sociedade ou interessados na questão, fruto da diretriz estabelecida por apenas uma pessoa com a ajuda de sua equipe de auxiliares.

O problema do déficit democrático inerente aos regulamentos é normalmente aplacado pela realização de audiências e consultas públicas,

14 Não se está aqui a defender que o Congresso Nacional possui uma representatividade perfeita da população brasileira. Basta olhar para a sua composição para perceber a predominância de eleição de homens brancos, sendo necessário incentivar e promover a diversidade em nosso Legislativo. Não obstante, comparativamente ao alto escalão do Poder Executivo e do Poder Judiciário, não há dúvidas que o debate é muito mais diversificado.

15 Nesse ponto, é importante ressaltar a importância da diversidade. Ao selecionar uma equipe, seja de Ministros ou de servidores para realizar determinado plano de trabalho, a preocupação com diversidade aumenta as chances de recrutar os melhores talentos e melhorar as tomadas de decisões, já que pessoas com diferentes backgrounds tendem a apresentar mais e melhores ideias no debate das políticas públicas (HUNT; LAYTON; PRINCE).

uma demanda cada vez mais exigida dos gestores públicos. Essa tendência repercutiu na edição da recente Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Segundo seu art. 9º, passou a ser obrigatória a realização de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou diretoria colegiada, acerca de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Assim como os regulamentos, as decisões judiciais são produzidas em ambientes fechados ao poder de influência popular, sendo o resultado do exame do tema por um magistrado ou pela confluência da reflexão de poucas pessoas integrantes de um órgão colegiado. Certamente, institutos com o *amicus curiae*, audiências públicas e a própria TV Justiça têm atenuando a carência de lastro democrático nas decisões tomadas, mas estão longe de retirar o viés elitizado do debate jurídico que é travado nesta seara.

O rigor no processo de criação de leis previsto na Constituição Federal de 1988 se deveu ao objetivo de conferir maior segurança jurídica à população (BONAVIDES, 1994, p. 112). A ênfase na dialética permite levar ao conhecimento público todas as propostas que visem modificar o quadro geral do ordenamento jurídico. Isso torna possível e relativamente frequente o debate e a fiscalização pela sociedade, através de seus órgãos de classe, associações e da imprensa (WALDRON, 2006, p. 1380). Em âmbito federal, as audiências públicas e trabalhos das comissões são transmitidas ao vivo pela TV Câmara, TV Senado e pelo Youtube, ao passo que os internautas podem enviar perguntas de forma interativa e opinar nos sítios eletrônicos de ambas as casas legislativas.

Com efeito, o arcabouço tecnológico à disposição da sociedade civil permite ao eleitorado facilmente identificar políticos que atuem contra os seus interesses e sua ideologia, o que permite que opte por outro candidato na eleição subsequente, reciclando a democracia.

Magistrados não submetem ao contínuo escrutínio popular, têm vitaliciedade e não são responsabilizados caso suas decisões sejam contrárias aos interesses da sociedade. A despeito disso, argumenta-se majoritariamente em favor do *judicial review* a partir do enfoque de que Supremo Tribunal Federal teria, dentre suas funções, um papel contramajoritário de defesa dos elementos essenciais da Constituição. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que o “Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa

não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário”. (BARROSO, 2012, p. 19)

Sobre o caráter contramajoritário, Dahl pondera que é praticamente impossível demonstrar que qualquer decisão judicial é contrária aos interesses da maioria. No mínimo, assume-se que ela não é majoritária pelo fato de ter sido ou não aprovada pelo Poder Legislativo (DAHL, 1957, p. 283). Na prática, se uma decisão for efetivamente contramajoritária, ela não sobreviverá em nosso ordenamento jurídico, como ocorreu no caso da ADI 4.983, que declarou inconstitucional o exercício da “vaquejada”. Pouco mais de um mês a decisão da Corte, o Congresso Nacional logo aprovou a Lei nº 13.364/2016, que elevou o “rodeio” e a “vaquejada”, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Assim, a prevalência em nosso meio jurídico das decisões que reconheceram a união civil homossexual (ADI 4277) e a possibilidade de aborto de feto anencefálico (ADPF 54) deve-se ao fato de que não eram verdadeiramente contra o entendimento da maioria da população ou, no mínimo, embora não detivessem a maioria parlamentar, eram suficientemente fortes para afastar qualquer ataque na legitimidade do Supremo Tribunal Federal para decidir a questão (DAHL, 1957, p. 294).

Vale lembrar que o Congresso Nacional já aprovou diversas leis que protegem minorais e garantem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a Lei n. 12.711/2012, que instituiu o sistema de cotas em instituições federais de ensino superior e a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em suma, não existe processo perfeito para a tomada de decisões, seja no Poder Legislativo, seja no Poder Judiciário (WALDRON, 2006, p. 1372). Sempre há risco de decisões que violem direitos fundamentais, ao invés de protegê-los<sup>16</sup>. Todavia, o caráter mais democrático do processo legislativo é uma realidade que não se pode refutar.

### **3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

---

16 Um caso clássico de decisão contrária a direitos humanos tomada pelo Poder Judiciário foi o julgamento de *Plessy vs. Ferguson*, que deu início ao apartheid nos Estados Unidos, com a máxima “*separate but equal*”.

O princípio da legalidade é uma ferramenta essencial para o adequado funcionamento do sistema de pesos e contrapesos que orienta a separação das funções, protegendo, em última instância, os cidadãos dos abusos e arbítrios dos governantes. Trata-se de previsão tão cara ao constituinte e importante para os cidadãos, que foi elencada como uma das cláusulas imutáveis da Constituição, em seu art. 60, §4º, III.

A ideia de que existem três poderes é muito antiga. No mínimo, já era conhecida na época do Profeta Isaías: “Porque o Senhor é o nosso Juiz, o Senhor é o nosso legislador, o Senhor é o nosso rei, Ele nos salvará” (Isaías, 33:22). Aristóteles (1985, p. 221) e John Locke (2016, p. 100)<sup>17</sup> também identificaram três funções de governo, muito embora não tenham estabelecido que elas deveriam estar nas mãos de diferentes executores para fins de limitação do próprio poder. Até então, a tripartição era enxergada apenas sob o aspecto da mera divisão do trabalho, sem que se cogitasse de um sistema de pesos e contrapesos (STEWART, 2004, p. 195).

A novidade trazida por Montesquieu, no célebre *O Espírito das Leis*, corresponde à ideia de separação de poderes como um sistema de autocontrole do poder pelo próprio poder. Em sua visão, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Executivo das que dependem do direito civil deveriam ser exercidas por pessoas ou colegiados distintos. Por sua vez, o poder de julgar seria limitado em si mesmo, porquanto os julgamentos jamais deveriam ultrapassar o texto exato da lei (1996, p. 167-172). Outro fator que conteria a ação do Judiciário residiria no modo de formar os tribunais, que seriam temporários, tal como os nossos atuais tribunais de júri (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 53-68). Assim, o poder de julgar não funcionaria como contrapeso do Executivo e do Legislativo, que se limitariam entre si e pela bicameralidade deste último (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

A Constituição Americana de 1787 representou um avanço na noção de tripartição dos poderes. A noção estática de que aquele que faz as leis não as executa ou as julga; o que as julga não as faz ou executa; e os que as executa não as julga ou faz, passou a ter contornos de um sistema de pesos e contrapesos. Compreendeu-se que os poderes deveriam estar conectados e miscigenados de tal forma a ter controle constitucional uns sobre os outros, sem o que a separação de poderes, necessária para

---

17 Locke, porém, não trata do Judiciário como um poder autônomo, dando a entender que essa função era parte do Poder Executivo.

um governo livre, não poderia ser mantida na prática (HAMILTON, MADISON; JAY, 2009, p. 107).

A consagração do modelo de checks and balances ocorreu à medida em que novas necessidades públicas exigiram a readequação das funções de cada poder. Pouco a pouco, cada ramo especializado agregou competências atípicas, concretizado um “progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização entre elas”. (PIÇARRA, 1989, p. 264)

É certo que não é possível um equilíbrio perfeito entre os poderes. Sempre há uma atuação mais proeminente de algum deles. John Locke (2016, p. 102) e Jean-Jacques Rousseau achavam preferível que a supremacia fosse do Poder Legislativo (PAUPÉRIO, 1971, p. 245), com o que se concorda, dada a sua representatividade.

Hoje, indubitavelmente, a primazia é exercida pelo Poder Judiciário no caso brasileiro. Além de suas atribuições específicas de aplicação da lei e proteção da Constituição, muitas vezes os magistrados têm ditado as políticas públicas por meio do afastamento de leis que não possuem claro vício de inconstitucionalidade, com verdadeira inovação na ordem jurídica.<sup>18</sup>

A evolução das funções do Judiciário, as garantias conferidas a seus membros e a ausência de controle externo em relação ao seu órgão de cúpula podem, eventualmente, ter como consequência o abuso de poder. Nos Estados Unidos, semelhante ameaça foi alvo da doutrina de *judicial restraint*, criada como uma reação à prática de ativismo judicial. Em curtas palavras, a doutrina prega que os juízes devem respeitar sempre que possível os precedentes e a vontade legislativa, de modo a manter a estabilidade do sistema de regras e a previsibilidade das relações jurídicas. (MERRILL, 2005, p. 273-274)

Tendo como fundamento imediato o respeito à separação dos poderes, a doutrina da autocontenção preconiza que o Poder Judiciário deve impor a si mesmo limitações no seu exercício. Em primeiro lugar, os juízes devem evitar substituir-se ao legislador, utilizando com comedimento princípios de significado muito amplo, como a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Além disso, o magistrado deve presumir a existência de justificativas de fato para a elaboração da lei contestada, desde que razoavelmente possível. Por

---

18 Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 22.503, chegou a esboçar o receio de que o Supremo Tribunal Federal se torne uma espécie de segunda instância das decisões políticas.

fim, é necessário manter as leis cujas motivações são compatíveis com as conclusões a que chegaria o homem médio, dentro da constitucionalidade. Com efeito, a decisão política pode ser polêmica e não agradar a todos, mas se puder ser justificada de forma racional, não é recomendável ao Poder Judiciário afastá-la. Apenas com essa postura ponderada dos magistrados, é que o Estado de Direito sai fortalecido, protegendo as expectativas dos administrados (CARTWRIGHT, 2006, p. 06) e garantindo a igualdade entre os litigantes (MERRIL, 2005, p. 288).

A função judicante é um pilar fundamental para qualquer sistema político que almeje funcionar com o equilíbrio entre os poderes constituídos. Todavia, ela deve prezar pela lealdade constitucional e munir-se de autocontenção, a fim de garantir a legalidade, o princípio democrático, a segurança jurídica, a igualdade, a separação de poderes e todas as demais garantias constitucionais que são protegidas por estes institutos.

#### **4. Princípio da Legalidade como garantidor do Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade é outro grande cânone preservado pela observância do princípio da legalidade pelo Poder Judiciário. Não se entrará aqui nas discussões acerca de igualdade material, formal, na lei, perante a lei, não discriminação etc., eis que não se trata do objeto do presente estudo. A ideia geral que se adota é a de se afastar diferenciações arbitrárias, sem que exista uma finalidade aceita pelo Direito, especialmente no que toca à proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente (MORAES, 2011, p. 40).

As leis criadas pelo Poder Legislativo possuem caráter geral e abstrato, aplicando-se a todos os indivíduos indistintamente. Trazem, portanto, uma garantia inicial de tratamento isonômico e, caso assim não seja, devem ser revogadas pelo próprio Legislativo ou afastadas pelo Judiciário. A aplicação das normas de forma geral e abstrata afasta discriminações pontuais e arbitrariedades pelo Poder Público e pela própria sociedade, sob pena de cominação de penalidades.<sup>19</sup>

As decisões judiciais, por sua vez, em geral aplicam-se apenas aos querelantes, às partes do processo que provocaram a atuação do julgador. Enquanto não há uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal,

19 Nas palavras de José Afonso da Silva, “[a] igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolavelmente ligada à democracia” (2010, p. 218).

que produza efeitos erga omnes, ou pelo menos o reconhecimento da repercussão geral da matéria, com a suspensão dos demais processos que tratam da mesma matéria, a concessão de liminares e o proferimento de sentenças que afastam a aplicação de determinada lei tornam possível que existam pronunciamentos e regras diferentes para cidadãos que se encontrem na exata mesma situação, resultando em clara violação ao princípio da isonomia.<sup>20</sup>

Veja-se, por exemplo, o caso da chamada “desaposentação”, em que diversos beneficiários de aposentadorias por tempo de contribuição ajuizaram ações buscando renunciar ao benefício que já vinham recebendo para pedir a concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição. Em razão de inúmeras liminares e sentenças individuais proferidas por cerca de sete anos,<sup>21</sup> foram aplicadas regras jurídicas diferentes a milhares de beneficiários que se encontravam na mesma situação. Não cabe, nesse trabalho, discutir o mérito da questão, mas sim registrar o exorbitante lapso temporal pelo qual se legitimou a quebra da isonomia entre milhares de brasileiros.

Note-se que, em um sistema de *commom law*, essa violação à igualdade não ocorre por tão longo período, haja vista a regra de vinculação ao precedente jurisprudencial dos tribunais<sup>22</sup>. Em nosso sistema de *civil law*, essa vinculação somente ocorre em casos excepcionais, de forma que a garantia de igualdade somente pode derivar do respeito à própria lei – criada de forma democrática pelo Poder Legislativo – enquanto não se formar a jurisprudência vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, decisões judiciais que afastem a aplicação de leis, mas que passem ao largo de mecanismos de uniformização da jurisprudência, tendem a quebrar a isonomia entre os administrados. Deste modo, é recomendável um maior apreço à legalidade pelo Poder Judiciário enquanto não há precedente jurisprudencial vinculante e o estabelecimento de um sistema de reexame necessário em decisões que declarem a inconstitucionalidade de disposição legal.

---

20 As manifestações e estudos sobre o princípio da igualdade jurisdicional, ou seja, sobre as repercussões e funções deste princípio nas decisões judiciais raramente abordam esta perspectiva, limitando-se a reforçar a ideia de que os juízes não podem fazer distinções entre situações iguais ao aplicar a lei e de que o legislador deve observar a isonomia, inclusive prevendo expedientes de uniformização da jurisprudência. (MORAES, 2011, p. 41; SILVA, 2010. p. 218-220).

21 A ação que deu origem ao RE 661.256/SC foi ajuizada em 2009 e o seu julgamento do RE ocorreu apenas em 27 de outubro de 2016.

22 *Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court*.

## 5. Conclusão

O princípio da legalidade foi uma das grandes vitórias da sociedade para afastar arbítrios e abusos do poder público. Não se trata de um mero mecanismo da burguesia para garantir sua liberdade em face do absolutismo, eis que a tendência de abuso de poder é inerente à natureza humana e se perdura no tempo, como se vê da história recente do Brasil. Apenas com a observância de um rol de princípios e garantias, em especial a democracia, a separação de poderes e a igualdade, é que os direitos fundamentais podem ser garantidos e efetivados. Em particular, a legalidade é indispensável para a manutenção da higidez da ordem jurídica, especialmente por servir de escudeira à aplicação dos demais princípios.

Assim, muito embora a tendência de ativismo judicial, no atual contexto, tenha nobre justificativa e intenção de individualizar o respeito aos direitos fundamentais, ele cria uma brecha de desrespeito à lei e ao Poder Legislativo, com desequilíbrio do sistema de tripartição dos poderes. Isso mina a função legislativa e abre margem para que magistrados abusem do poder judicante e desequiparem os particulares.

É importante, portanto, que o Poder Judiciário reflita sobre as decisões tomadas em desconformidade com a legislação aprovada pelo Poder Legislativo e com as escolhas discricionárias e técnicas do Executivo, levando sempre em consideração a lealdade constitucional e a autocontenção, respeitando seus limites de atuação e as funções dos demais Poderes da República.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-fev-23/analise-constitucional-dworkin-contradicao-majoritaria> >. Acesso em: 20 de jun. de 2019.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, v. 868, p. 53-68, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito-UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [*Syn*]Thesis. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPELLETTI, Mauro. *Júzes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARTWRIGHT, John. Protecting legitimate expectations and estoppel in English Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, Utrecht, v. 10.3, p. 6, dez. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Salvador: Juspodvm, 2013.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.) Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, p. 279-295, Fall 1957.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1981.

GOLDONI, Marco. Montesquieu and the French separation of powers. *Jurisprudence*, Oxford, v. 4, n. 1, p. 20-47, 2013.

GONOD, Pascale. «La réforme du droit administratif»: bref aperçu du système juridique français. In: RUFFERT, Matthias (Org.). *La mutation du droit administratif en Europe*. Munique: Sellier, 2007.

HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HUNT, Vivian; LAYTON, Dennis; PRINCE, Sara. Why diversity matters. *McKinsey*, jan. 2015. Disponível em: < <https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/why-diversity-matters> >. Acesso em 29 mar. 2019.

ISFER, Renata Beckert. *O Regulamento e seus Aspectos no Âmbito do Direito Tributário*. Olinda: Livro Rápido, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFERRIERE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. t. 1. Paris: Berger-Levrault, 1887.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Auckland: The floating press, 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Palgrave Macmillian, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MERRILL, Thomas W. Originalism, stare decisis and the promotion of judicial restraint. *Constitutional commentary*, v. 22, p. 273-274, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. V. São Paulo: Revista dos tribunais, 1970.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAUPÉRIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PLATÃO. *Asinaria: the one about asses*. Madison: The University of Winconsin Press, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *O Paradoxo de Rousseau – Uma Interpretação Democrática da Vontade Geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SHAPIRO, Martin. *Who Guards the Guardians? Judicial control of Administration*. Athens: University of Georgia Press, 1998.
- STEWART, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on Separations of Powers and the Rule of Law. *Macquarie Law Journal*, n. 4, 2004, p. 187-224.
- TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 206, p. 1, 1996.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1407, April 2006.