

Consequências do neoconstitucionalismo: o judiciário como superego da sociedade

DOI: 10.31994/rvs.v12i1.706

Deborah Silva Mota¹

RESUMO

O presente artigo apresenta como objetivo a realização de um estudo sobre a evolução do constitucionalismo e dos impactos do neoconstitucionalismo na sociedade hodierna. Esse estudo foi realizado através da metodologia, de caráter descritivo qualitativo e pesquisas por meio de levantamentos e análises bibliográficas. No decorrer do trabalho, constatou-se que o neoconstitucionalismo trouxe a constituição para a centralidade do ordenamento jurídico, permitindo grande poderio decisório ao STF. Outro fator importante é que, com base nesse poderio, vários temas, até então particulares, passaram a ser levados para resolução no judiciário (libido social no juiz), assim como a ausência de limitações ao judiciário está permitindo que este, viole a constituição para moldá-la conforme a sua (STF) moral.

PALAVRAS-CHAVE: NEOCONSTITUCIONALISMO. ATIVISMO JUDICIAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUIÇÃO.

¹ Bacharel em Direito pela FUPAC-Ubá, Advogada, pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais –PUC- MG. E-mail: deborah-motta@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0001-5180-3274

Consequences of neoconstitutionalism: the judiciary as a superego of society

ABSTRACT

This article aims to conduct a study on the evolution of constitutionalism and the impacts of neoconstitutionalism on today's society. This study was carried out through the methodology, of qualitative descriptive character and researches through surveys and bibliographical analyzes. In the course of the work, it was found that neoconstitutionalism brought the constitution to the centrality of the legal system, allowing great decision power to the STF. Another important factor is that, based on this power, several issues, hitherto private, have come to be resolved in the judiciary (social libido in the judge), as well as the absence of limitations to the judiciary is allowing it to violate the constitution for shape it according to your moral (STF).

KEYWORDS: NEO-CONSTITUTIONALISM. JUDICIAL ACTIVISM. FEDERAL COURT OF JUSTICE. CONSTITUTION.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, vem tomando decisões munidos de moralidade, que não fazem jus à função de guardião da constituição e vem atuando como legislador, denotando um ativismo judicial não previsto em suas competências.

Deste modo, o judiciário se torna o monarca contemporâneo, no qual a população deposita seus problemas e passam anos esperando por uma solução, dada por um terceiro, que não integra a relação conflituosa.

Com o neoconstitucionalismo, começou a conceber a Constituição não mais como um documento político, mas sim de natureza jurídica, trazendo a centralidade da Constituição e os direitos fundamentais. A partir de então, as constituições

começaram a se preocupar com a dignidade da pessoa humana como conceito fundamental. Desta forma, a Corte Constitucional modifica a hermenêutica aplicando além do direito positivo, fundamentos de cunho moral.

O objetivo geral do presente artigo é a realização de um estudo sobre a evolução do constitucionalismo e dos impactos do neoconstitucionalismo na sociedade hodierna, realizando uma breve análise das principais características do neoconstitucionalismo, dentro do contexto histórico no qual este ocorreu, bem como demonstrando o poderio dado ao poder judiciário, o que culminou no ativismo judicial que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando em suas tomadas de decisões.

A metodologia do presente estudo é de caráter descritivo qualitativo, realizado através de pesquisas, levantamentos e análises bibliográficas de obras advindas de renomados doutrinadores do Direito Constitucional, de textos críticos de sites jurídico, bem como a legislação atinente ao assunto, trazendo no bojo de seus textos, inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho traz no primeiro item, uma sucinta narrativa, a fim de apresentar o surgimento do neoconstitucionalismo, o contexto histórico, elencando suas principais características. No segundo item, apresenta algumas decisões do STF, mostrando a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário, especialmente na Corte Constitucional brasileira. No terceiro, apresenta uma abordagem filosófica da situação da atividade desenfreada do judiciário. Por fim a conclusão, onde é apresentada a importância das decisões proferidas pela Corte Suprema brasileira, respeitarem a sua competência prevista no texto constitucional, para que não venha ferir a própria Constituição Federal.

1 SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Segundo Novelino (2016), o constitucionalismo surgiu como uma forma de limitar o poder estatal, trazendo mecanismos de garantir os direitos da sociedade.

Após a segunda guerra mundial houve grande mudança, surgindo o neoconstitucionalismo, conceituado por Barcelos (2005, p. 83):

A expressão "neoconstitucionalismo" tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história (...)

O neoconstitucionalismo deu-se logo após as atrocidades cometidas pela Alemanha nazista, trazendo superação ao positivismo. A partir de então, as constituições começaram a se preocupar com a dignidade da pessoa humana como conceito fundamental, fazendo jus ao terceiro emblema da revolução francesa, a fraternidade. É importante ressaltar que a dignidade passou a ser um tema além das discussões filosóficas passando a ser parâmetro da ordem jurídica (NOVELINO, 2016).

Desta forma surgiu o Estado Democrático de Direito, consistindo na busca pela expansão do conceito de democracia, a praticabilidade dos direitos fundamentais e modos de exercer a soberania popular, conforme aduz Novelino (2016, p. 246):

[...] tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia. As constituições contemporâneas "representam o intento de recompor a *grande fissura entre democracia e constitucionalismo*", por meio de uma fórmula que promova um justo equilíbrio entre o princípio democrático e a força normativa da constituição. Na busca pela conexão entre a democracia e o Estado de direito, o *princípio da soberania popular* se apresenta como uma das vigas mestras deste novo modelo, impondo uma organização e um exercício

democráticos do Poder. (ordem de domínio legitimada pelo povo). Além da ampliação dos mecanismos tradicionais de democracia representativa, com a universalização do sufrágio para categorias antes excluídas do processo participativo (como mulheres e analfabetos...), são consagrados instrumentos de participação direta do cidadão na vida política do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular. A tensão entre a nova configuração do constitucionalismo e o conceito meramente formal de democracia, tradicionalmente associado à premissa majoritária, promove o desenvolvimento de uma dimensão substancial da democracia, a fim de assegurar que os direitos fundamentais sejam efetivamente usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular-majoritária.

Destarte, o professor Barroso (2005), expõe, que até então vigorava a centralidade do poder legislativo. Com o novo modelo as constituições passaram a aderir o padrão americano tendo como base a supremacia da constituição e havendo obrigação dos legisladores dar efetividade a ela (a constituição). Deste modo há a judicialização das relações políticas e sociais. Assim sendo, o Judiciário passou a tratar de certos temas que antes não eram levados até ele, dando maior poder à função judiciária ao adotar o mecanismo do controle de constitucionalidade.

Sobre o surgimento dos Tribunais constitucionais, assevera Barroso (2005, p. 6):

[...] inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *Judicial review* [...]

No Brasil, ficou determinado no texto Constitucional de 1988, art. 102. I, “a”, que o Poder Judiciário, seria responsável por assegurar a devida aplicabilidade das normas constitucionais, havendo previsão do controle de constitucionalidade o qual é de competência do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1988).

Segundo Novellino (2016), que podem ser invocadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade todas as normas formalmente constitucionais. O parâmetro abrange normas expressas e princípios implícitos. Deste modo é que as leis infraconstitucionais tem presunção *iures tantum* de constitucionalidade cabendo ao Judiciário uma conduta a verificar a vicissitude das funções legislativa e executiva, cujos membros foram devidamente eleitos com a finalidade de definir e implementar as políticas públicas .

Para Barroso (2005), tal fase do constitucionalismo, começou a conceber a Constituição não mais como um documento político, mas com natureza e status de norma jurídica. Neste marco constitucional há uma nova interpretação da magna-carta, vez que, até então o magistrado deveria decidir estritamente conforme a lei, não havendo possibilidade de interpretação, sendo chamado de “boca da lei”. Cabe asseverar aqui trecho do livro do professor Novellino, (2016, p. 131), o qual faz importante exposição sobre a atual hermenêutica constitucional:

A pré-compreensão alcançada com a experiência profissional possibilita não apenas a formulação de determinada conjectura de sentido, mas também a construção da própria "convicção de justeza", dirigindo o processo de "escolha do método" de acordo com o resultado já antecipado. Nesse sentido, as considerações interpretativas e dogmáticas servem mais ao ulterior "controle de concordância", -a fim de comprovar a compatibilidade da solução encontrada com o direito positivo. Embora considere tal procedimento ilegítimo, por contrariar a vinculação do juiz à lei e ao direito, além de contaminado por uma boa dose de "arrogância judicial".

A nova hermenêutica constitucional traz tal documento para a centralidade do ordenamento jurídico, que é caracterizada por três aspectos principais: 1) Consagração de um grande número de normas de outros ramos do direito nas

constituições; 2) Interpretação conforme a constituição; 3) Eficácia horizontal (relação entre particulares) dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2016).

Atualmente o Poder Judiciário tornou-se o protagonista das relações sociais, em decorrência do poderio dado pelo neoconstitucionalismo, onde vários de seus membros, em decorrência do excesso de poder, vem a dele abusar.

Mendes e Branco, (2017, p. 65), explica que:

[...] Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo [...]

Por todo o exposto é que atualmente temos um poder judiciário fortalecido em razão de ser o guardião da Constituição Federal, a qual é dotada de superioridade, imperatividade e centralidade.

2 DECISÕES DO STF EXTRAPOLANDO SUAS COMPETÊNCIAS

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 96, informa que a função típica do Poder Judiciário é exercer a jurisdição e a função atípica é exercer competência legislativa e administrativa para o exercício adequado da atividade jurisdicional (BRASIL, 1988) .

Para melhor atender a população fez-se necessário uma repartição desse poder, fracionando-o em competências. Ao Supremo Tribunal Federal (STF), chamado de órgão de superposição ou órgão de cúpula foi atribuída a competência

eminente de guardião da Constituição Federal, cabendo fazer o controle de constitucionalidade concentrado, conforme art. 102, da Constituição.

Sobre o assunto, explica Novelino, (2016, p. 689):

O Tribunal possui natureza híbrida. Titulariza competências recursais, à moda da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que exerce o controle concentrado de constitucionalidade, nos moldes dos tribunais constitucionais europeus. A competência para tratar de matérias constitucionais, na visão de José Afonso da Silva (2005a), não é suficiente para converter o Supremo em autêntica corte constitucional, seja por não exercer a jurisdição constitucional com exclusividade, seja pela forma de recrutamento de seus membros, a sinalizar para decisões pautadas por critérios técnico-jurídicos. Em sentido diverso, Gilmar Mendes (1990) afirma que a gradual evolução do sistema de controle difuso para o modelo de controle concentrado reforça seu caráter de tribunal constitucional.

Destarte, é possível verificar que o STF, em que pese ter obrigação a julgar conforme preceitua a Carta Magna, traz algumas decisões que possuem natureza legislativa, denotando um ativismo judicial não previsto em suas competências, tais como:

Na ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, foi entendido pelo STF que apesar do art. 1.723 do Código Civil relatar sobre a união estável entre homem e mulher, tal entidade familiar é admissível para união homoafetiva:

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. Afirmou que essa vedação também se dá relativamente à possibilidade da concreta utilização da sexualidade, havendo um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não” (grifo nosso)

Para Drachenberg (2014), o STF ao adotar a técnica de interpretação conforme a constituição experimenta uma postura ativista criando regras que são da competência do poder legislativo sob o manto da proteção dos direitos fundamentais.

Outro caso notório, ocorre com a decisão da 1ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, a qual entendeu que a prática de aborto até o terceiro mês de gestação não é crime, apesar de ser determinado de forma clara no Código Penal que condutas abortivas são caracterizadas como crime contra a vida, elencados no Título I, Dos Crimes contra a Pessoa, Capítulo I, Dos crimes contra a vida. Contrariando a lei, aduz a decisão, (JUSBRASIL, 2017):

[...]3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da

gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.(...)

Ultrapassando qualquer nível de ativismo judicial sob a alegação do princípio da proporcionalidade e ferindo o direito fundamental à vida, que é corolário de todos os outros direitos, o Supremo legisla ao decidir sobre a ausência de conduta criminosa na prática de aborto até o terceiro mês. Desta decisão é possível ver a completa distorção do princípio da proporcionalidade, uma vez que não compete ao Tribunal constitucional definir o que é crime trazendo latente usurpação da função legislativa (BARBA ; STRECK, 2016).

Mais um caso de ativismo, advém da ADC 43 e ADC 44 a qual, apesar da Constituição no art. 5º, inciso LVII informa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não é esse o entendimento do Supremo, o qual decidiu não ser possível o início do cumprimento da pena após condenação em segunda instancia, *in verbis*:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda

o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Em entrevista dada ao jornal à Folha, o professor Renato de Mello Jorge Silveira entende que a decisão supracitada fere a Constituição vez que altera o princípio da presunção de inocência, assim sendo, a Corte Constitucional brasileira proferiu uma decisão manifestamente contrária a Constituição Federal (CARVALHO, 2016).

Outra vez na Ação Cautelar 4039, é possível observar o ativismo do STF, quando o Ministro Teori Zavascki, entendeu ser cabível a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, confirmada por unanimidade no dia 25 de novembro de 2015, confrontando o disposto no artigo 53, §2º da Carta Magna que só admite a prisão dos membros do congresso em flagrante delito por crime inafiançável:

[...] Ante o exposto, presentes a situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, **decreto a prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral**, observadas as especificações apontadas e ad referendum da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Expeça-se mandado de prisão, a ser cumprido na presença de representante da Procuradoria-Geral da República. (..) (grifei)

Para Lima (2015), essa decisão ataca de forma direta o poder legislativo, que ao ignorar a imunidade parlamentar, o Supremo cria um processo penal de exceção, atropelando elementos basilares como respeito aos direitos fundamentais e separação dos poderes, criando uma nova modalidade de prisão preventiva para os congressistas.

Além disso, é possível verificar que o STF ao decidir a mora legislativa, em criminalizar condutas de homofobias e transfobias, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 e no Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, acaba por contrariar o texto expresso da constituição, vez que impõe o princípio da legalidade na criação de crimes, (JUSBRASIL, 2017):

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora.

Não é possível negar a importância social da criminalização das citadas condutas, não seja da alçada da Suprema Corte tal criminalização, uma vez que, por excelência, a criação de tipo penal, é matéria de reserva do Legislativo, de competência da União (art. 22, I), a referida decisão, viola ainda os princípios da fragmentariedade e taxatividade do Direito Penal. Além da violação de princípios penais previstos na Constituição, há ainda, latente violação na separação dos poderes, sendo impossível a criação de tipo penal via sentença aditiva, (DOUGLAS; GRECO; MALUF, 2019).

Dado o exposto, é possível identificar um ativismo do poder judiciário ao proferir decisões que legislam sobre temas que extrapolam a competência do Supremo Tribunal, havendo evidente usurpação da função típica do poder legislativo que cumpre sua função por meio dos seus membros eleitos pelo povo.

3 O JUDICIÁRIO COMO MONARCA DA SOCIEDADE

Atualmente, o Poder Judiciário já não atua como outrora foi pensado pelo francês Montesquieu no século XVII e XVIII. Conforme explica Meyer (2013), inicialmente foi desenvolvido sob o prisma positivista, tão somente para aplicação das leis aos casos concretos, hoje, no pós-positivismo é possível visualizar um Judiciário empoderado, tendo em vista a hermenêutica utilizada, aplicando a lei aos casos concretos e criando jurisprudências e doutrinas de valores para a sociedade,

decidindo por meio de normas “supra positivas”, conforme conceitos jurídicos indeterminados. Sobre o tema, Maus (2000), faz um diagnóstico do poder Judiciário Alemão, podendo ser expandido para nossa Corte Constitucional, intitulada Supremo Tribunal Federal.

Ingeborg Maus (2000) é professora titular de ciência política da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt na Main, autora do artigo “Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”. A referida autora, ao iniciar seu texto, faz um paralelo do Judiciário com a família patriarcal na qual o pai é o moderador dos entes familiares, assim age o Judiciário com a sociedade órfã que deposita uma veneração quase religiosa na Justiça, permitindo que tome as decisões e crie regras de conduta .

Sobre a autora, há um prefácio no referido artigo ao qual os tradutores Martonio Lima e Paulo Albuquerque (apud MAUS, 2000) afirmam:

Ingeborg Maus discute em que medida a atividade de controle normativo judicial, tal como configurada no modelo de Estado constitucional moderno, teria contribuído para a perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias, tanto mais danosas porque inconscientes. Disso já se poderia reconhecer antecedentes no próprio pensamento iluminista, que, ao pregar uma ordem composta por indivíduos livres e autônomos, codificou o exercício da soberania e da representação na ordem jurídica de forma paternalista. Sobre a atividade judicial dos tribunais constitucionais que se desenvolveu em tal cenário para, pois a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Para Maus (2000), a queda da monarquia trouxe grande perda para o sentimento de unidade do povo alemão, havendo o crescimento dos juízes da corte com base na argumentação de superação dos direitos naturais do Iluminismo, os quais conceituavam que a Justiça “implica não somente um método para discussão, mas, sobretudo uma ordem material”, ou seja, a justiça deve estar revestida de ética tornando a “consciência da sociedade”, assim como era o patriarca para os entes familiares. Assim é que a Corte Constitucional modifica a hermenêutica aplicando além do direito positivo, fundamentos de cunho moral.

Maus (2000), retrata a ideia do “domínio da lei no lugar do absolutismo”, onde até então a população ignorava sua liberdade só sendo possível classificar como lei o que a população decidiu para si, conforme teoria criada por Emmanuel Sieyès. Ocorre que tal teoria torna-se fraca ante a presença dos representantes do povo. Destarte após a queda do absolutismo, há a ascensão do parlamento, introduzido pela Revolução Francesa, devendo o juiz recorrer à interpretação autêntica do Legislativo. Em decorrência do domínio da lei ser confundido com soberania popular, modificou a ideia de domínio em auto legislação. Desta forma, iniciou a ascensão do Poder Judiciário que passou a ter liberdade nas decisões e elaboração de jurisprudências. A autora alemã, Maus (2000, p. 188) resume:

Assim, surge um conceito de autonomia social que encontra sua correspondência individual na concepção de moral do Iluminismo. Também aqui alteram radicalmente aquela concepção das funções do superego os resultados do "crescimento natural" do processo de socialização. Freud descreveu-os da seguinte forma: "O superego da criança [...] passa então a ser construído [...] a partir do modelo do superego dos pais. A criança se transforma num 'portador da tradição' de valores temporais que vêm se reproduzindo através das gerações"

Destarte é que, ensina Cabral, (2016), o neoconstitucionalismo não regula os limites do Poder Judiciário, permitindo que o Supremo Tribunal Federal tenha uma postura de monarca contemporâneo ao criar jurisprudência de valores, conceitos jurídicos indeterminados, e interpretando a Constituição conforme sua moral, fazendo o ofício do poder moderador.

Conforme relatado por Torrano (2016) o entendimento de superioridade da Corte Constitucional, se encontra em nível tão elevado que, segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso é possível atribuir um papel iluminista ao STF que além das suas funções rotineiras detém o papel de atuar como “vanguarda iluminista” da sociedade devendo o tribunal “promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história”.

Em decorrência da hermenêutica neoconstitucionalista, o Supremo Tribunal traz decisões terminantemente contrárias ao texto constitucional, agindo com moral

e consciência própria. Assim, as decisões do órgão de cúpula são revestidas de autonomia social havendo uma moral Iluminista, para Maus (2000, p. 189):

[...] com a ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi "proibido", aprendendo a deduzir para o futuro o "permitido" (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.

Termos como "má-fé", "sem consciência", "censurado" vem multiplicando por meio de representações judiciais tradicionais em decorrência da hermenêutica jurídica neoconstitucionalista. A esperança da justiça como entidade moral da sociedade vem se manifestando não só na legislação, mas, sobretudo na consciência da população. Desta forma é que o Tribunal Constitucional pautado na ideia de poder moderador da sociedade, vai além do controle de constitucionalidade das leis, mas, passa a trazer o próprio texto constitucional como objeto de controle de constitucionalidade, baseado no argumento de "interpretação constitucional", (MAUS, 2000).

Para Maus (2000, p. 197), ao atribuir a possibilidade do Judiciário decidir conforme sua moral, ele atua como superego da sociedade, *in verbis*:

O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção "saudável" a um povo "doente" — exatamente nisso consistindo sua função de superego. Também o conceito implícito de povo não é empírico: quando o juiz é investido — de acordo com as "Cartas aos Juizes" (*Richterbriefe*) distribuídas pelo Ministério da

Justiça a partir de 1942 — na condição de "protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores", o povo torna-se "unidade", "verdadeiro" povo, objeto da representação e produto da atividade decisória judicial.

Assim como o monarca outrora agia segundo sua moral, age atualmente onze Ministros no Supremo Tribunal Federal tornando cada dia menos “guardiões da Constituição” e assumindo o papel de superego constitucional proferindo decisões conforme sua moral e entendimento, sem espaço para a noção democrática de respeito ao direito uma vez que nem a Constituição Federal é limite para seus veredictos.

CONCLUSÃO

No decurso do presente artigo, foi elucidado o poderio dado à função Jurisdicional pelo neoconstitucionalismo, o qual deu ensejo a uma crise, enfrentada atualmente, pois o Supremo Tribunal traz decisões que legislam, de forma a usurpar a função do legislador e assim fragilizar o princípio da separação dos poderes.

Com a nova hermenêutica jurídica, o Poder Judiciário pode ser visto como o superego da sociedade a qual deposita nele toda a sua confiança de moral, havendo o deslocamento da libido social do chefe do Poder Executivo para a cúpula do Poder Judiciário.

É possível constatar então, que o ativismo judicial nas decisões do STF, trazem veredictos conforme a sua moral e como recentemente afirmado por Barroso em discussão no plenário do STF “a jurisprudência modifica conforme o réu”.

Porém, é necessário ainda observar que atualmente o Poder Judiciário na visão de alguns renomados doutrinadores do Direito Constitucional por exemplo: Lenio Streck, Guilherme Perez Cabral, Marcelo Novelino e Ingeborg Maus, em suas ações, apresenta-se como o monarca contemporâneo, em decorrência de proferir decisões revestidas de moral e afastadas do que preconiza a legislação.

Cumpra salientar que, em que pese todo o poderio dado ao Supremo Tribunal Federal, não é possível que este substitua, de forma ilegítima, o Poder Legislativo ou Executivo. É válido observar que, se trata de uma situação desarrazoada, onde o Poder Judiciário age como moderador da sociedade, ante ausência de legitimação popular. Em outras palavras, os exercentes da Função Jurisdicional, não foram eleitos pelo povo para representar seus anseios mais íntimos de moral social.

Desta forma, a fim de sanar a problemática do judiciário agir como superego, é necessário que as decisões proferidas pela Corte Suprema brasileira respeitem sua competência prevista no texto constitucional, uma vez que decidir além de sua competência é ferir a própria Constituição, não cumprindo sua decisão de guardião da Constituição Federal e não respeitando os limites previstos, muito pelo contrário, ao proferir decisões de natureza Legislativa está vilipendiando nossa Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BARBA, Rafael Giorgio Dalla e STRECK, Lenio Luiz, **Aborto**: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF, 11 de dezembro de 2016, Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf> Acesso em 07 de nov de 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html> Acesso em: 29 de outubro de 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 126.292, da 1ª Turma, 5 de outubro de 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 12 de out de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, **União homoafetiva como entidade familiar**, 5 de maio de 2011, Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>> Acesso em 29 de outubro de 2017.

CABRAL, Guilherme Perez, O Poder Judiciário não é o Poder Moderador, **Folha de São Paulo- UOL**, 28 de novembro de 2016, Disponível em <<https://educacao.uol.com.br/colunas/guilherme-cabral/2016/11/28/o-poder-judiciario-nao-e-o-poder-moderador.htm> > acesso em 11 de novembro de 2017.

CARVALHO, Mario Cesar, Prisão em 2ª instância fere Constituição, diz professor da USP, **Folha de São Paulo- UOL**, 07 de outubro de 2016, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1820633-prisao-em-2-instancia-fere-constituicao-diz-professor-da-usp.shtml>> Acesso em 07 de nov de 2017.

DOUGLAS, Willian; GRECO, Rogério; MALUF, André Luiz, **Conflito entre os Poderes: pode o Supremo criar o crime de homofobia?**, 12 de fevereiro de 2019, Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019> >, acesso em 14 de outubro de 2019.

DRACHENBERG, Ivani Glaci, **O Supremo Tribunal Federal teria extrapolado suas funções jurisdicionais ao reconhecer a união estável homoafetiva, ou agiu dentro dos limites de sua competência?**, Novembro de 2014, Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/33604/o-supremo-tribunal-federal-teria-extrapolado-suas-funcoes-jurisdicionais-ao-reconhecer-a-uniao-estavel-homoafetiva-ou-agiu-dentro-dos-limites-de-sua-competencia> > acesso em 07 de Novembro de 2017.



JUS BRASIL, Brasília, **Habeas Corpus nº 124.306**, 1º Turma, 15 de março de 2017, Disponível

em<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corporus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed> Acesso em 29 de out de 2017.

LIMA, José Carlos, **Prisão de senador foi baseada no Estado de exceção**, 27 de novembro de 2015, Disponível em:<<https://jornalggn.com.br/comment/790554>> Acesso em 07 de nov de 2017.

MAUS, Ingeborg, **O Judiciário Como Superego Da Sociedade**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>> Acessado em 12 de out de 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder, **O papel que deve ser assumido pelo Judiciário**, 21 de janeiro de 2013, Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom> > Acesso em 14 de out de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 12 Ed., São Paulo/SP, Editora Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo, **Curso de Direito Constitucional**, 11 Ed., Salvador/BA, Editora Juspodium, 2016.

TORRANO, Bruno, **Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado**, 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>> Acesso em 11 de nov de 2017.

Recebido em 31/08/2020

Publicado em 23/02/2021