

INTRODUÇÃO

A forma de governo republicana, o federalismo e o presidencialismo foram adotados no Brasil no ano de 1889 em resposta a um golpe militar que pôs fim a monarquia brasileira e resultou na promulgação da Constituição de 1891. O referido período foi marcado ainda pela adoção e aplicabilidade, no Brasil, do modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis estadunidense, ou seja, nas modalidades difusa, concreta e incidental (MIRANDA, 2015, p. 522).

De tal forma, a Constituição de 1988, de forma inovadora, aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade através da validação e reconhecimento de novos institutos de controle ao prever que ele poderia ocorrer nas formas omissiva ou comissiva, concreta ou abstrata. Com a inovação, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro acabou por prever diversos meios de controle que antes não existiam e “quase sem paralelo em noutros sistemas” (MIRANDA, 2015, p. 522-523).¹

O constitucionalismo democrático teve como principal característica a retirada da centralidade do ordenamento jurídico das codificações direcionando-a à Constituição Federal, considerada aqui como sendo a lei fundamental indispensável à constituição de um Estado Democrático.

Por lei fundamental nos referimos aqui a concepção adotada por Norberto Bobbio (1995, p. 59) que ao dispor da estrutura do ordenamento jurídico a definiu como sendo aquele sobre a qual repousa o fundamento de validade das normas, função adquirida através do reconhecimento de que à Constituição cabe a atribuição de distribuir aos órgãos constitucionais o poder de fixar normas válidas de forma a impor a todos o dever de obedecê-las.

Essa mudança de paradigma ocorrida dentro do ordenamento jurídico brasileiro é decorrência de um movimento globalizado denominado neoconstitucionalismo, de forma que todos os atos praticados pelo poder público devem, previamente e posteriormente, estar de acordo com a Constituição.

A transferência da centralidade do ordenamento jurídico à norma constitucional acabou por desencadear uma perda de poder por parte da esfera legislativa, no que se refere ao estabelecimento dos rumos do país, tendo em vista que a soberania popular,

¹ Sobre o sistema brasileiro de defesa da constitucionalidade *vide* artigo 5º, inciso LXXI, artigo 97, e artigos 102 e 103 da Constituição Federal de 1988.

legitimamente exercida através do processo legislativo ordinário, se viu substituída por decisões muitas vezes contramajoritárias que nem sempre representam o desejo da maioria da população. Fator que, aliado ao reconhecimento da autoaplicabilidade da norma constitucional e ao caráter imperativo das regras e princípios constitucionais, colaborou para a efetivação da politização da justiça quando da busca pela concretização dos direitos previstos no bojo do documento constitucional.

Necessário se faz esclarecer que judicialização não tem o mesmo significado de ativismo. O ativismo judicial se apresenta, segundo Coura e Paula (2018, p. 76) como sendo uma questão comportamental decorrente da forma de se ler a constituição que, de maneira expansiva e proativa, pode ser aplicada a circunstâncias que não foram especificamente abordadas pela lei constitucional ou mesmo pela lei geral.

É nesse contexto, de combate às desigualdades e busca por efetivação dos direitos previstos na Constituição, que a jurisdição constitucional ganha força e espaço desequilibrando a balança dos poderes instituídos ao deslocar a esfera decisória ao poder judiciário, ação que a depender da atuação do intérprete pode se apresentar de forma totalmente discricionária e subjetiva gerando danos aqui representados principalmente a insegurança jurídica e a democracia.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional, tem se apresentado em diversas tomadas de decisões e resolução de casos de forma ativista por ultrapassar a competência definida na Constituição Federal de 1988 e a muito atribuímos a sua atuação ativista ao caráter multidimensional do ativismo judicial que pretendemos analisar no decorrer do presente artigo.

2 A IMPORTÂNCIA E A GÊNESE DA CORTE CONSTITUCIONAL

A justiça constitucional, e conseqüentemente o papel desempenhado pelas cortes constitucionais, ganhou força com o surgimento das constituições democráticas que, por sua vez, têm decorrência associada aos atos bárbaros, praticados principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, e atentatórios aos direitos humanos e às garantias fundamentais, principalmente os voltados à violação da vida e da dignidade da pessoa humana, bastante desprezados durante o segundo conflito mundial (COURA; PAULA, 2018, p. 63-112).

Ressalte-se que o movimento constitucional, que teve como resultado o surgimento de documentos democráticos e dotados de supremacia, não foi resultado de uma evolução,

tal movimento foi resultado de uma revolução, que ensejou a propagação e findou com a instituição de um novo modelo de constituição, esta, dotada de supremacia e forte carga axiológica em resposta aos atos bárbaros praticados e atentatórios à dignidade da pessoa humana (RUBIO LLORETE, 1988, p. 21).

Nesse contexto surge o Estado Constitucional de Direito que, se propondo a superar a ideia da existência de supremacia parlamentar e estando comprometido principalmente com a instituição, a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais, dá suporte ao surgimento das cortes constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 31).

Tal evolução nos levou a implementação do formalismo jurídico que contrapôs a fonte autônoma de poder da resistência judicial opondo-se a uma justiça pautada em intervenções dos senhores dominiais e princípios materiais da ordem social de forma que a justiça pôde garantir sua independência se vinculando a legalidade (Maus, 2000, p. 194). A justiça então conseguiu enfim limitar o autoritarismo patrimonial do príncipe por meio de seu formalismo jurídico que atualmente consolidou-se de tal forma que a justiça tomou para si as mesmas funções patriarcais contra as quais se opusera.

Apesar de controverso², expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em sentido contrário a autorrestrrição judicial pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. ao demonstrar que os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria por acreditarem que deveriam atuar de forma ativa quando a intenção fosse atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias.

Schlesinger reconheceu que o exercício do ativismo judicial era praticado mesmo quando fosse necessário atuar de forma a corrigir judicialmente erros praticados pelo legislador. O autor esclarece ainda que na Corte Constitucional atuavam de forma contrária aos juízes ativistas aqueles juízes favoráveis a uma atuação voltada à autorrestrrição judicial que, com uma visão diferente a respeito das responsabilidades da Suprema Corte, atuavam de forma desvinculada de aspectos políticos respeitando a vontade do legislador.

Sem adentrar no contexto da essencialidade e indispensabilidade de uma Corte Constitucional atuando em um Estado Democrático de Direito em defesa dos direitos e garantias constitucionais, que reconhecemos existir, destacamos que as divergências

² Associa-se o uso público do termo “ativismo judicial” ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. pela publicação do artigo *The Supreme Court: 1947*. Revista *Fortune*. Vol. XXXV, nº 1 apesar de haver anotações no sentido de que o termo “ativismo judicial” utilizado pela primeira vez publicamente por Schlesinger já havia sido utilizado por Thomas Reed Powell (CAMPOS, op. cit., p. 43).

intelectuais e as disputas de poder existentes entre diferentes personalidades judiciais dentro de uma Corte Constitucional, representada aqui pela oposição existente entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrrição judicial, têm por reflexo um conflito acerca da função e papel do poder judiciário, através da Corte Constitucional, em um Estado Democrático de Direito.

Acerca do papel do Poder Judiciário destacamos que o surgimento do instrumento jurídico, fruto do constitucionalismo, conhecido como Constituição fez surgir uma forma de governo limitado, cabendo ao Poder Judiciário a responsabilidade e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, temos Hugo Black (1960, p. 879-880) que confiou às cortes o dever sagrado de proteger os direitos e liberdades individuais ao se comportarem como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo”.

No que se refere especificamente ao exercício da função judicial Campos (2014, p. 46) esclarece que esta “estaria sujeita a constringências próprias de sociedades democráticas” tendo em vista que “interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”.

De tal forma resta válido colacionar uma das manifestações mais citadas de Frankfurter acerca do papel e exercício da Corte Constitucional quando o assunto é a prática do ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais. Acerca da prática de condutas ativistas Frankfurter, no caso *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958), defendeu que:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.

Com atuação contrária a posição que entende pela limitação, pela autorrestrrição, de ações ativistas pelas Cortes Constitucionais representada no presente trabalho por Frankfurter, temos Hugo Black como referência na defesa do ativismo judicial³.

Apesar de haver um discurso polarizado entre ativistas e autorrestritivos é necessário destacar que não eram apenas questões de política substantiva que separavam as ideias de Black e Frankfurter enquanto representantes dos dois grupos citados acima. Campos (2014, p. 47) destaca que “o que realmente dividia os seus membros (...) era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte”.

Acerca do debate sobre a extensão na qual a Suprema Corte podia intervir no campo da política, a depender do grupo ao qual estava inserido, Schlesinger (1947, p. 201) esclareceu que:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor da própria concepção de bem estar social; o outro com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como instrumento para permitir que os outros poderes do governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com as próprias preconcepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.

Superado o debate acerca da divisão da Corte Constitucional Americana em juízes ativistas ou autorrestritivos finalizamos esse tópico esclarecendo que Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, porém não o aceitava como mecanismo de atuação institucional rotineira por parte da Corte Constitucional representativa da democracia norte-americana considerando que só admitia a prática do ativismo pela Corte Constitucional quando estivessem sendo ameaçadas questões referentes às liberdades garantidoras da própria participação política dos indivíduos, base fundante da democracia. Outras questões, que não envolvessem questões atinentes à democracia, requerem da Corte Constitucional retração, e

³ Há quem defenda que, sob a óptica metodológica, Hugo Black é defensor do textualismo, ou seja, da prática de discernir o significado das provisões constitucionais por meio de uma interpretação estrita da linguagem específica do documento (BLOOM JR., 2009, p. 01).

não expansão do poder, tendo em vista que devem deixar as questões serem resolvidas pelas instituições diretamente vinculadas ao controle popular, que no caso não se vinculam ao exercício do poder por parte do poder judiciário (CAMPOS, 2014, p. 48-49) e (SCHLESINGER, 1947, 208 e 212).

De tal forma podemos extrair o entendimento de que ao decidir de forma ativista, através de decisões de cunho político guiadas por um senso de justiça social subjetivo e sem levar em conta o sentido exato da Constituição ou as ações praticadas anteriormente por parte do legislador a Corte Constitucional acaba por atacar a própria configuração do Estado Democrático de Direito composta, ou representada, através da separação dos poderes.

3 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL

Sem adentrar especificamente no debate acerca da (i)legitimidade da atuação ativista das cortes constitucionais podemos afirmar, segundo Campos (2014, p. 152), que o ativismo judicial representa o exercício expansivo da autoridade político-normativa, que de forma estratégica ou não, atua em busca de realizar controle dos atos e omissões dos demais poderes instituídos pela Constituição.

Diante de tal atuação Campos (2014, p. 36-37) reforça a necessidade de se analisar a atuação dos juízes e cortes constitucionais a partir das definições contidas nos documentos constitucionais de cada conjuntura estatal eis que as previsões constitucionais relativas a configuração do Estado e aos poderes constituídos não se apresentam de forma uníssona em todos os Estados ao tempo em que são relevantes e essenciais a sua organização sociopolítica por estarem constitucionalmente estabelecidas (CAMPOS, 2014, p. 152).

De forma ainda preliminar partiremos do reconhecimento de que as decisões tidas por ativistas se revelam especificamente com base em dois aspectos centrais e, apesar do reconhecimento da existência de diversos aspectos aplicáveis ao ativismo judicial (CAMPOS, 2014, p. 152-164), a presente pesquisa se direciona especificamente ao caráter multifacetado do ativismo judicial tendo em vista que ele pode se revelar, por diferentes dimensões, de forma a inovar o texto constitucional. Tal característica se apresenta no ativismo principalmente pela interpretação da norma constitucional de forma criativa e expansiva que, por sua vez, pode se efetivar, segundo Campos (2014, p. 42) de forma não exaustiva, através do reconhecimento e aplicação de direitos fundamentais implícitos, da falta de respeito às competências dos outros poderes e da superação de precedentes.

Ações pautadas no uso de conceitos jurídicos vagos e de normas constitucionais com uma alta carga valorativa têm sido os principais aliados da atuação das cortes e juízes constitucionais quando o assunto é a prática do ativismo judicial referente a interpretação ampliada de normas e princípios constitucionais tendo em vista que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e a definição pela utilização de normas com uma alta carga valorativa, por parte do constituinte originário, desencadeou uma busca por efetividade no plano social através do mecanismo da judicialização da política.

Nesse sentido, a atividade judicial tida por ativista, segundo Campos (2014, p. 166), “preencheria lacunas, omissões legislativas, corrigiria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais” violando e assumindo competências atinentes ao Poder Legislativo.

Agindo de tal forma Campos (2014, p. 166) destaca que a atuação desses juízes e tribunais constitucionais se pauta principalmente na busca pelo reconhecimento de que é necessário “manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação” de forma que a interpretação criativa das normas constitucionais se apresenta, e se justifica, como a forma capaz de alcançar essa necessidade mesmo que para isso o juiz precise se afastar da literalidade do texto, de sua estrutura ou mesmo de seu entendimento histórico para aproximá-la da realidade social subjacente.

Ainda assim o cerne do problema da interpretação ampliada, restritiva ou criativa do texto constitucional não se funda apenas na (im)possibilidade de realizarmos a interpretação do texto constitucional em busca de lhe dar máxima efetividade. É necessário compreendermos que em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição impõe limites e competências aos entes, órgãos e poderes, precisamos resguardar ao máximo o cumprimento do texto constitucional em prol de um bem maior que é o respeito e a legitimação do próprio Estado Democrático de Direito que se vê violado sempre que as cortes constitucionais atuam de forma a interpretar criativamente, restritivamente ou ampliativamente o texto constitucional usurpando a competência de outro poder, aqui representado principalmente pelo poder legislativo.

Ao abordar a ascensão do Tribunal Federal Constitucional alemão à condição de “censor ilimitado do legislador” Maus (2000, p. 191) defendeu que tal atuação decorreu principalmente de oposições e sobrecarga de queixas constitucionais, razões pelas quais o tribunal federal constitucional procede a sua autorreprodução e gerencia uma “mais-valia”

que supera suas vastas competências constitucionais. O Tribunal Federal Constitucional chegou a afirmar que “seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar seus horizontes”.

Nesse sentido a competência do Tribunal Federal Constitucional, como qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade, não deriva mais da Constituição podendo esta ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade ou pelo menos ser objeto de uma interpretação “devidamente constitucional”. Maus (2000, p. 191) esclarece que a competência dos Tribunais Federais Constitucionais deriva diretamente de “princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional” de tal forma, o Tribunal Federal Constitucional “submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”.

É nesse contexto que passamos a análise da atuação da Corte Constitucional Brasileira, através do Supremo Tribunal Federal, e do seu papel em um Estado Democrático de Direito.

4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Segundo Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 885-902) com a implantação do Estado Democrático de Direito brasileiro temos instituída a vinculação do Estado, e conseqüentemente a sua atuação através dos poderes instituídos pela Constituição Federal de 1988 na forma de um Estado-Legislator, de um Estado-Administrador e de um Estado-Juiz ao cumprimento dos preceitos legais constitucionais.

Ademais, considerando a inexistência de um modelo de federalismo único e considerando que cada modelo de federação instituído deve seguir as definições e limites inseridos na constituição, por ser o seu fundamento jurídico e instrumento regulador, se faz necessário compreender o sistema federativo e as competências elencadas na constituição brasileira para somente após analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (MENDES, BRANCO, 2011. P. 857).

Considerando ainda o contexto histórico constitucional do Brasil podemos interpretar, acerca do modelo federativo adotado em 1988, como sendo uma resposta ao desequilíbrio tido como resultado da experiência histórica vivenciada no Brasil no que se refere a limitação do poder e a garantia e implementação de direitos eis que ao analisar a história do federalismo brasileiro Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 863-865) nos remetem à compreensão de que o constituinte de 1988 recebeu como herança a configuração de um Estado praticamente unitário.

Em resposta, segundo José Afonso da Silva (2013, p. 479), a Constituição Federal de 1988 optou por estruturar um sistema que combinou competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes.

Ao abordar a estrutura do federalismo e a sua importância na composição e estruturação de um Estado Democrático de Direito que impõe ao poder judiciário o dever de negar validade às leis que contrariem a constituição Hamilton, Madison e Jay (2003), na obra o Federalista, argumentaram que “[...] a Constituição é fruto da vontade do Povo e as leis são decisões dos representantes do povo, então quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer.”.

Como exemplo das atuações do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do poder judiciário, em que o mesmo atuou de forma ativista podemos citar a decisão tomada na ADPF n.º 54/2004 em que autorizou a interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos, a decisão tomada na ADIn n.º 4277/2008 em que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais e recentemente a decisão tomada da ADO n.º 26/2019 em que enquadrou a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei n.º 7.716/89.

A atuação desregrada, e principalmente ativista por parte do STF, em efetivar e reconhecer direitos e deveres não previstos na legislação brasileira, denotam um desrespeito ao instituto da separação dos poderes e as competências constitucionais previamente definidas.

No que se refere a separação dos poderes é válido citar a clássica divisão dos poderes prevista por Montesquieu (2000, p. 851) por entender ser o poder do Estado dividido em três, quais sejam: executivo, legislativo e judiciário e que apesar de possuírem competências específicas lhes cabe realizar o controle de efetividade dos demais poderes.

Dentre as funções associadas ao poder judiciário Eduardo Appio (2009, p. 149) trata da separação dos poderes como uma forma de o Estado exercer suas funções de forma especializada, ao tempo em que reconhece ser próprio da natureza do poder judiciário atuar e intervir no exercício das atividades dos demais poderes, legislativo e executivo, “na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade dessas atividades com a Constituição Federal.”.

Legitimar, ou teorizar uma legitimação conforme defende o substancialismo, a atuação do poder judiciário de forma ativista e contrária à onipotência e onisciência da maioria política, representada pela democracia participativa, é fornecer poder a um órgão que muitas das vezes pode não estar de acordo com o desejo da maioria, requisito essencial à configuração de um Estado Democrático de Direito pautado em uma democracia participativa onde o papel da corte constitucional deve ser o de zelar pelo processo legislativo democrático garantindo a plena efetivação das condições democráticas necessárias ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito (COURA; PAULA, 2018, p. 83-93).

Em contraponto, temos o campo procedimental que se apresenta como defensor da separação dos poderes por considerar ser a forma “genuinamente democrática” de se garantir a atuação da corte constitucional pautada na “imparcialidade e independência” pois “argumentos de política são estranhos à atividade judicante” (COURA; PAULA, 2018, p. 110-111).

Por fim, sobre a postura do Supremo Tribunal Federal em decidir alguns casos de forma a extrapolar as definições contidas no texto constitucional ou mesmo em interpretar o texto constitucional de forma mais abrangente do que o que está expresso na norma constitucional com o objetivo de realizar acertos na legislação em nada tem a haver com o mérito das decisões tomadas visto que a ação ativista do STF está vinculada basicamente a uma análise da autorização que a própria constituição confere ao juiz ou corte constitucional de fazer ou não a ação pretendida.

Nesse sentido, Campos (2014, p. 158) ressalta que ações vinculadas a “postura institucional e correção de mérito das decisões judiciais são coisas distintas, e o ativismo judicial refere-se apenas a primeira o que, aliás, é a única perspectiva que corresponde fielmente ao sentido original de ‘ativismo judicial’ formulado por Schlesinger [...]”.

A atuação de um tribunal constitucional como um “verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade” também foi alvo de sérias críticas apresentadas pela autora Ingeborg Maus (2000, p. 184). Cogita a autora que o pensamento iluminista “ao pregar uma ordem composta por indivíduos livres e autônomos, codificou o exercício da soberania e da representação na ordem jurídica de forma paternalista” e que a atividade judicial das cortes constitucionais desenvolvida nesse cenário serve à expansão do poder autocrático tendo em vista terem se desenvolvido sem formas de controle equivalentes.

Os indivíduos e a sociedade são alçados por Ingeborg Maus (2000, p. 185) como meros objetos administrados e como meros objetos podem ser facilmente conduzidos pela reificação e mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.

É importante ressaltarmos que “não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador” estamos diante de uma “representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” manifestada pelo ganho de confiança do Tribunal Constitucional que contou com o percentual de 62% de aprovação da população em pesquisas de opinião pública realizada entre as instituições políticas e sociais da Alemanha (MAUS, 2000, p. 185).

Em contraponto temos as modernas teorias de decisão judicial que pugnam pela aproximação entre a jurisprudência e administração da moral. Nesse sentido Ronald Dworkin (1978, p. 07-81) representa a expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial pois segundo o jurista “as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial”.

A teoria apresentada por Dworkin é capaz de encobrir moralmente o decisionismo judicial em razão da relação indeterminada existente entre a moral atribuída ao Direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Dworkin (1978, p. 128), com base na compreensão de que “nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação”, se convence de que “se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fator decisivo da interpretação jurídica”.

De tal modo, a moral que dirige a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação razão pela qual a inclusão da moral no direito acaba por imunizar a atividade jurisprudencial diante das críticas do ativismo e da inovação jurisprudencial tendo em vista que o juiz sempre vai dispor de um conceito de Direito que se vincula a extensão de suas ponderações morais (MAUS, 2000, p. 186-187).

Ao pontuar os riscos da imunização da atividade jurisprudencial com base na moral Ingeborg Maus (2000, p. 187) reforça que “quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado dotado de organização política democrática. Segue a autora reforçando que “no domínio de uma justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”.

A ascensão da justiça à qualidade de administradora da moral pública e a inserção de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência lhe confere maior grau de legitimação sendo capaz de imunizar suas decisões contra qualquer crítica. No mesmo sentido, tais fatores são capazes de liberar a justiça de qualquer vinculação legal que possa garantir a sua sintonização com a vontade popular. De tal forma, a menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva, quando a justiça os invoca, à suspensão das disposições normativas individuais e a possibilidade de se decidir o caso concreto de forma inusitada. O âmbito das proibições legais pode, enriquecido por pontos de vista morais, ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas da liberdade e somente em um momento posterior, através de um processo legal, é que o cidadão se dará conta do que lhe foi proibido e do que lhe pode ser limitado para o futuro que se apresenta extremamente incerto a partir das decisões dos tribunais (MAUS, 2000, p. 189-190).

Essa função, atualmente vista como poética deu lugar a injunção de vontades, desapegadas ao tempo e a forma, mas, sob uma forma de controle próprio, transvestido de “controle social” o Supremo Tribunal Federal tem-se tornado alvo de críticas, e dentro os casos mais recentes, o mais absurdo deles, nominado a época pelo então Ministro Marco Aurélio em seu voto de: “Inquérito do Fim do Mundo, sem limite” (INQ) 4781, referência ao inquérito intitulado popularmente como inquérito das “Fake News”, onde houve a subversão do sistema democrático ao admitir que um magistrado instaure inquérito policial,

sem prévia análise dos órgãos de execução penal, menoscabando o sistema acusatório, imposto e defendido constitucionalmente no devido processo legal.

Ademais, a imposição de sigilo aos advogados de defesa, ferindo preceitos como a “ampla defesa” no exercício do contraditório, igualmente constitucional, com afastamento da presunção da inocência, impondo prisões e outras medidas acautelatórias, sem o mínimo de investigação prévia, tampouco dentro de uma situação de flagrância. Tal postura foi veementemente criticada por vários doutrinadores, a exemplo do Procurador Federal e Prof. Renato Brasileiro, que em sua análise concluiu que tal ato recobrou o processo judicialiforme, com esteio em fundamentação do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, não recepcionado pela Carta Magna de 1988 segundo insigne artigo 129, I.

A atuação de defesa própria, de forma endógena e sem fiscalização ou seu mantenedor do espírito das leis constitucionais, e bem como se afastando do seu dever de proteção a tais preceitos, o referido inquérito se operou contrário ao princípio constitucional da liberdade, ao criminalizar os atos de manifestação de opiniões contrárias a Corte e seus membros, buscando silenciar todos aqueles que se insurgissem contra as decisões da casa, sob um manto ditatorial e de censura, com a prévia criminalização de seu ato, que veio a desencadear uma série de reações jurídico-sociais negativas.

Como resultado temos que os espaços de liberdade anteriores se transformam gradativamente em produtos de decisão judicial definidos caso a caso sob a justificativa de que a justiça surge como uma instituição neutra capaz de auxiliar as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aspectos relacionados a supremacia do Direito e a segurança jurídica compõem a estrutura de um Estado Democrático de Direito e representam o reforço argumentativo de que a legitimidade de um tribunal constitucional é limitada tanto pelas disposições legais quanto pela ação e competência dos demais agentes políticos instituídos naquele Estado de forma que, no Brasil, a legitimidade da justiça constitucional não é superior à dos demais agentes políticos, Legislativo e Executivo, pois todas as suas competências advém da Constituição.

Defender uma atuação limitada dos poderes, e conseqüentemente do poder judiciário, conforme definido na legislação constitucional significa lutar pela manutenção de um Estado Democrático de Direito que foi conquistado e instituído a custo de muito sofrimento e abnegações.

Os tribunais constitucionais surgiram com o escopo de garantir e proteger a supremacia da constituição e das normas constitucionais como limitadoras do poder e garantidora de direitos. De tal forma não nos cabe, considerando ainda o nosso contexto histórico constitucional de exclusão, negação e violação de direitos, permitir que elementos diversos, como a perda da confiabilidade nos poderes representativos, a não efetividade das normas programáticas ou a própria morosidade dos poderes legislativo e judiciário, enfraqueçam o documento que nós temos em defesa de nós mesmos contra os poderes instituídos e a arbitrariedade desse poder.

O ativismo judicial além de representar uma expressa violação a separação dos poderes pode representar também uma usurpação de função com o conseqüente enfraquecimento do nosso Estado Democrático de Direito e foi exatamente o que aconteceu no dia 13 de junho de 2019 quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e, por maioria dos votos, reconheceu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional em não editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia.

O enfraquecimento do Estado Democrático de Direito não se efetivou com o reconhecimento, por parte do supremo, de que o Congresso Nacional se omitiu em legislar sobre o assunto, nesse diapasão o STF nada mais fez do que exercer o seu papel constitucional. O enfraquecimento se dá no momento em que o supremo ultrapassa os limites constitucionais e usurpa as competências do Congresso Nacional enquadrando as condutas de homofobia e transfobia praticadas como tipo penal conforme definido na Lei de Racismo (Lei Federal n.º 7.716/1989) pois tal ação gera insegurança jurídica por violar diversos dispositivos constitucionais, principalmente o disposto no Artigo 5º, XXXIX que determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Defender, fomentar e justificar a prática de condutas ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça ou mesmo dos juízes singulares é o mesmo que defender, fomentar e justificar a violação, ou mesmo o fim, do Estado Democrático de Direito pautado na supremacia constitucional, na separação dos

poderes, nos direitos e garantias fundamentais e na segurança jurídica pois “discutir o ativismo ou a autorrestrrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão.” (CAMPOS, 2014, p. 156).

A necessidade de se reduzir as desigualdades e se ver implementado os direitos fundamentais, principalmente os sociais, previstos na constituição federal é inerente a sociedade brasileira considerando que ainda estamos inseridos em um contexto de exclusão e de altas concentrações de renda, porém o caminho buscado não deve ser o do reconhecimento da expansão do poder político-normativo das cortes. Nesse contexto, precisamos ter em mente que a melhor solução ainda é o mecanismo democrático participativo previsto no artigo 14 da Constituição Federal e que determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, movimento que não deve ser substituído ou suprido por movimentos jurídicos, políticos e principalmente sociais que pretendem validar e justificar a prática do ativismo judicial tendo em vista que a prática do ativismo judicial representa sempre uma grave violação a democracia.

O Supremo Tribunal Federal tem pautado a sua atuação principalmente em métodos específicos de interpretação constitucional o que lhe retirou a essência do papel de guardião da Constituição lhe levando a atuar principalmente como garantidor da própria história jurisprudencial e de sua própria existência.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Paraná: Juruá, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 de fevereiro de 2023.

BLACK, Hugo. **The Bill of Rights**. *New York University Law Review*. Vol. 35 (4), 1960.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.716/1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 2003.

COURA Alexandre de Castro; PAULA, Quenya Correa de. **Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 116, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge. 1986.

DWRKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge. 1978.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J., 2003, apud SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

WHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956, p. 170-185.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos estudos CEBRAP. n.º 58. Novembro 2000. p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*. New York: Oxford University, 2012. p. 35.

RUBIO LLORETE, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC, 1988, Vol. 22.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHLESINGER, Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, V. 35, 1947.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STF. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2023.

STF. **Inquérito nº 4781**. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2023.

STF. **ADIn nº 4277/2008**. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

STF. **ADO nº 26/2019**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

STF. **ADPF nº 54/2004**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.

Trop v. Dulles, **365 U.S. 86, 128** (1958). Disponível em:
<https://www.oyez.org/cases/1956/70>. Acesso em: 01 de setembro de 2022.