



FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Deborah Silva Mota – deborah-motta@hotmail.com

Ricardo Braidá–ricardofbraidá@gmail.com

RESUMO

Após a Segunda Guerra Mundial houve grandes mudanças no cenário constitucional, surgindo o neoconstitucionalismo. Com o novo modelo as constituições passaram a aderir o padrão americano tendo como base a supremacia da constituição e havendo obrigação dos legisladores darem efetividade a ela (a constituição). Assim sendo, o Judiciário passou a tratar de certos temas que antes não eram levados até ele, dando maior poder à função jurisdicional ao adotar o mecanismo do controle de constitucionalidade. A escolha do presente tema se deu em razão de haver inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que não fazem jus à função de guardião da constituição e sim atuando com legislador, denotando um ativismo judicial não previsto em suas competências. Desta forma é que o judiciário se torna o monarca contemporâneo, no qual a população deposita seus problemas e passam anos esperando por uma solução.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Constituição.

ABSTRACT

After the Second World War, there have been major changes in the constitutional scenario, arising neoconstitutionalism model. With the new model, the constitutions began to adhere to the American standard based on the supremacy of the constitution and the legislators' obligation to give effect to it (the constitution). There before, the Judiciary began to deal with certain issues that were not previously brought to it, giving more power to the jurisdictional function when adopting the mechanism of constitutionality control. The choice of the present subject was due to the numerous decisions of the Supreme Court Federal law that do not justify the function of guardian of the constitution but acting with legislator, denoting a judicial activism not foreseen in its competences. Thus, the judiciary becomes

the contemporary monarch, in which the population deposits its problems and spend years waiting for a solution.

Keywords: Neo-constitutionalism. Judicial Activism. Federal Court of Justice. Constitution

INTRODUÇÃO:

A escolha do presente tema se deu em razão de haver inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que não fazem jus à função de guardião da constituição, e sim atuando com legislador, denotando um ativismo judicial não previsto em suas competências.

O objetivo geral do presente artigo é o estudo sobre a evolução do constitucionalismo e dos impactos do neoconstitucionalismo na sociedade hodierna. Os objetivos específicos serão de comentar as principais características dos neoconstitucionalismo bem como demonstrar o poderio dado ao poder judiciário o que culminou no ativismo judicial que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando em suas decisões munidas de moralidade. Desta forma é que o judiciário se torna o monarca contemporâneo, no qual a população deposita seus problemas e passam anos esperando por uma solução.

Com o neoconstitucionalismo, começou a conceber a Constituição não mais como um documento político, mas com natureza jurídica, trazendo a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais. A partir de então, as constituições começaram a preocupar-se 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.

A metodologia do presente estudo é de caráter descritivo qualitativo e pesquisas com levantamentos bibliográficos em livros de renomados doutrinadores do Direito Constitucional, textos críticos de sites jurídico, bem como a legislação atinente ao assunto, ainda, traz no bojo de seus textos inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho se dá em três capítulos, o primeiro narra o surgimento do neoconstitucionalismo com suas características, o segundo capítulo é uma demonstração do ativismo judicial nas decisões do STF, e o terceiro capítulo é uma abordagem filosófica do texto de Ingerbord Maus, “Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”.

1. SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO:

Segundo Marcelo Novelino (2016, p. 59), 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 Ana Paula de 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 idéia 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 preocupar-se com a dignidade da pessoa humana como conceito fundamental, fazendo jus ao terceiro emblema da revolução francesa, a fraternidade. É importante dizer que a dignidade passou a ser um tema além das discussões filosóficas passando a ser parâmetro da ordem jurídica, (NOVELINO, 2016, p. 59).

Desta forma surgiu o Estado Democrático de Direito, consistindo na busca pela expansão do conceito de democracia, 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 democraciae 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 Luiz Roberto Barroso (2005, p. 6), 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. Informa Novellino (2016, p. 160), 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, p.8), 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 (NOVELINO, 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, p. 60).

Atualmente o Poder Judiciário tornou-se o protagonista das relações sociais, em decorrência do poderio dada pelo neoconstitucionalismo, onde vários de seus membros, resultando do excesso de poder, vem a dele abusar, Gilmar Mendes, (2017,p. 65), explica:

(...) 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.

Para melhor atender a população fez-se necessário uma repartição desse poder, fracionando-o em competências. Ao Supremo Tribunal Federal, 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 conseqüências 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 anátomofisiológica; 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.” (grifei)

Para Ivani Glaci Drachenberg (2014, texto online), 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:

(...)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 (LENIO LUIZ STRECK, 2016, texto online).

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 ser possível o início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância, *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 (MARIO CESAR CARVALHO, 2016, texto online).

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 José Carlos Lima (2015, texto online), esta decisão ataca de forma direta o poder legislativo, 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.

Dado o exposto, pode-se verificar 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:

Ingeborg Maus 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”. Ingeborg ao iniciar seu texto faz um paralelo da família patriarcal a qual o pai é o moderador dos entes familiar com o “Terceiro Poder”, onde a sociedade órfã deposita uma veneração quase religiosa na Justiça, permitindo que tome as decisões e crie regras de conduta. Os tradutores Martonio Lima e Paulo Albuquerque (2000, p. 183), preconiza:

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 paira pois a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Para Maus (2000, p. 186), a queda da monarquia trouxe grande perda para o sentimento de unidade do povo alemã, 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, p. 187-188), 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 Sieyés. 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 autolegislação. Desta forma, iniciou a ascensão do Poder Judiciário que passou a ter liberdade nas decisões e elaboração de jurisprudências. A autora alemã, Maus (200, 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, 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 ensina Guilherme Peres Cabral (2016, texto online).

O entendimento de superioridade da Corte Constitucional encontra-se 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”, conforme relatado por Bruno Torrano (2016, texto online).

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 é revestida 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, p.191).

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.

4.CONCLUSÃO

No decurso do presente artigo foi estudado 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.

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.

Podemos observar o ativismo judicial nas decisões do STF vez que trazem veredictos conforme a sua moral e como recentemente afirmado por Barroso em discussão no plenário do STF “a jurisprudência modifica conforme o réu”.

É necessário ainda, observar que atualmente o Poder Judiciário é visto por muitos (Lenio Streck, Guilherme Perez Cabral, Marcelo Novelino, Ingeborg Maus) como o monarca contemporâneo em decorrência de proferir decisões revestidas de moral e afastadas do que preconiza a legislação.

Desta forma, a fim de sanar a problemática do judiciário agir como superego, é necessário que as decisões proferidas pela Corte Suprema brasileira respeite 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 contrario, ao proferir decisões de natureza Legislativa está vilipendiando nossa Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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-alexynastf> Acesso em 07 de nov de 2017.

BARBOSA, Bernardo, **Gilmar Mendes e Barroso batem boca e trocam acusações no plenário do STF**, Folha de São Paulo- UOL, 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/26/gilmar-mendes-e-barroso-batem-boca-e-trocam-acusacoes-no-plenario-do-stf.htm> acesso em 11 de novembro 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, Luis Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Os Conceitos Fundamentais E A Construção Do Novo Modelo**, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **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.

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-corpus-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.

MURASKA, Luis Carlos, **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.

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

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

SOUZA, Paulo, **Considerações acerca da prisão do Senador da República Delcídio Amaral, à luz do ordenamento jurídico vigente e dos Princípios Republicanos**, Jus Brasil, Disponível em <<https://oluapazuos.jusbrasil.com.br/artigos/266805801/consideracoes-acerca-da-prisao-do-senador-da-republica-delcidio-amaral-a-luz-do-ordenamento-juridico-vigente-e-dos-principios-republicanos>> Acesso em 29 de out de 2017.

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.