

AS PROBLEMÁTICAS E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA CORTE SUPREMA: A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Giselly Prado Silva Cavalher¹
Lucas Augusto Gaioski Pagani²
Bruno Smolarek Dias³

Recebido em 08/08/2023
Aceito em 26/03/2024

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, partindo da análise da Separação dos Poderes, de suas competências constitucionais e dos limites/problemáticas de sua condução no chamado ativismo judicial. Pretende-se analisar algumas possíveis motivações para a atuação ativista, bem como identificar algumas práticas que, no entender deste artigo, violaram o devido processo constitucional, invadindo a competência prevista para os Poderes Legislativo e Executivo. A título exemplificativo, o artigo traz análise acerca do julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, relativo à caracterização de união estável em relações homoafetivas, bem como análise do recente julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, que deixou de reconhecer o aborto como um direito constitucional.

PALAVRAS CHAVE: Separação dos Poderes. Competências do Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Relações homoafetivas. Direito ao aborto.

THE PROBLEMATICS AND LIMITS OF THE ACTION OF THE SUPREME COURT: THE JURISDICTION OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

This article aims to analyze the performance of the Federal Supreme Court, starting from

¹ Mestranda em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, com bolsa pela CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pós-Graduada em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP (2019). Pós-Graduada em “Acesso à justiça e o direito ao método adequado de solução de conflitos” pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2018). Advogada com experiência e ênfase em Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Empresarial e Arbitragem. E-mail: gisellyprado.adv@gmail.com.

² Doutorando em Função Social do Direito (FADISP). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (2022). Bolsista CAPES. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de pós-graduação *lato sensu* em Direito, Ciência Política e Liberalismo do Mises Academy (Unifitalo). Advogado. E-mail: <lucas.pagani@prof.unipar.br>..

³ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atuou como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão (2010-2014), professor titular da Universidade Paranaense e temporário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Leciona na graduação, pós-graduação e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR). Email: <professorbruno@prof.unipar.br> .

the analysis of the Separation of Powers, its constitutional competences and the limits/problems of its conduction in the so-called judicial activism. It is intended to analyze some possible motivations for activist action, as well as to identify some practices that, in the understanding of this article, violated due constitutional process, invading the competence provided for the Legislative and Executive Powers. By way of example, the article brings an analysis of the judgment of ADI nº 4277 and ADPF nº 132, regarding the characterization of stable union in same-sex relationships, as well as an analysis of the recent judgment of the Supreme Court of the United States, which failed to recognize abortion as a constitutional right..

Keywords: Separation of Powers. Powers of the Federal Supreme Court. Judicial activism. Same-sex relationships. Right to abortion.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, o presente artigo analisa a organização dos poderes na Constituição Federal, representada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, partindo para a análise das competências constitucionalmente previstas ao Supremo Tribunal Federal (artigos 101 a 103).

Passa-se à análise de que o STF, como guardião das grandes pautas constitucionais, adota nova postura de criar/alterar leis ou novos direitos, invadindo legitimidade e competências previstas tipicamente para os Poderes Executivo e Legislativo, dando nome ao ativismo judicial, vez que a atividade legislativa proposta pelo poder judiciário dá-se por um *fenômeno interpretativo* que não se utiliza da legalidade vigente para a efetivação dos Direitos Fundamentais, mas, sim, da *vontade do intérprete*.

Partindo-se do papel do Poder Judiciário e do Estado Democrático de Direito, analisa-se as possíveis motivações para as práticas ativistas, diferenciando-as dos julgamentos em sede de controle de constitucionalidade, em especial, a diferenciação do necessário controle judicial (*judicial restraint*) do poder político, seja legislativo ou executivo, da utilização do poder judiciário para fazer valer às vontades subjetivas (morais) do intérprete, *ignorando-se os desacordos morais característicos de uma sociedade democrática plural*.

A partir desse contexto geral, o artigo analisa o crescimento das decisões monocráticas no STF, da influência da mídia em alguns julgamentos, bem como o (des)respeito ao devido processo constitucional nos julgamentos da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132 (caracterização de união estável em relações homoafetivas) e na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que deixou de reconhecer o aborto como um direito constitucional.

A análise do presente artigo, diante de uma metodologia dedutiva, há a utilização de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrina, jurisprudência e legislação, em especial, da própria Constituição Federal.

2. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, em seu Título IV, denominado “Da Organização dos Poderes”, simboliza a chamada Tripartição dos Poderes, representada pelos Poderes Legislativo (Capítulo I – artigos 44 a 75), Executivo (Capítulo II - artigos 76 a 91) e Judiciário (Capítulo III - artigos 92 a 126).

Em resumo, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Já o Poder Judiciário é exercido por seus respectivos órgãos, sendo eles os Tribunais e Juízes Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, Militares, Eleitorais, do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, bem como os Tribunais Superiores, que são o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho.

Estruturado o Poder Judiciário, temos o Supremo Tribunal Federal, previsto pela Constituição Federal nos artigos 101 a 103, composto por onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, que são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Compete ao STF, em geral e precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (i) processar e julgar, originariamente, algumas ações, destacando-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (ii) julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção e o crime político; (iii) julgar, mediante recurso extraordinário, decisões que contrariem dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Pois bem, teoricamente, é visível que a Constituição Federal pretendeu separar as competências designadas para cada um dos três Poderes, cabendo, em geral, a regulação de atos

normativos pelo Legislativo, as atuações políticas pelo Executivo e a função hermenêutica e de julgamento pelo Judiciário.

Ocorre que, no entanto, nos últimos anos, o Brasil vem sofrendo uma crise política, que trouxe à tona *desacordos morais razoáveis* que ficavam restritas ao meio político e jurídico. Grandes são os anseios sociais que acabam chegando ao Judiciário em uma busca por justiça e, em grande parte das vezes, lutando contra *possível* omissão ou negligência do Legislativo.

No entanto, mesmo diante de um cenário aparentemente novo às instituições políticas brasileiras, devemos entender que *há uma tradição política brasileira* em relação à falta de separação entre os poderes da república, em especial, desde o nascimento da nossa primeira república (1891-1930), isto é, a falta de *solidariedade política* e o *pacto nacional pelas instituições políticas republicanas* representadas pelas figuras de Rui Barbosa e Alberto Torres.

Essa discussão se permeia diante da necessidade do Brasil em separar-se do que vem a ser o *chamado pessoalismo*⁴, na figura de Sérgio Buarque de Holanda⁵ e cristalizado na figura de Raymundo Faoro⁶. A preocupação de que não existisse uma burocracia profissional, isto é, uma impessoalidade na máquina pública que fizesse com que o mundo privado e o mundo

⁴ Entende Rubens Goyatá Campante (2003, p. 161): “os fundamentos personalistas do poder, a falta de uma esfera pública contraposta à privada, a racionalidade subjetiva e casuística do sistema jurídico, a racionalidade do sistema fiscal, a não-profissionalização e a tendência intrínseca à corrupção do quadro administrativo, tudo isso contribui para tornar a eficiência governamental altamente problemática no patrimonialismo, especialmente em comparação à eficiência técnica e administrativa que Weber vê em um sistema de poder racional-legal-burocrático. E como tal eficiência é um dos tributos básicos do capitalismo moderno, todos esses fatores mencionados funcionam, também, como um obstáculo à constituição deste em sociedades patrimoniais. In: (2003, p. 161). CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 46, n.1, 2003. Pp. 153-193.

⁵ Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, forma por tal ambiente [familiar], compreenderem a distinção fundamental entre domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo separa o funcionário "patrimonial" do puro burocrata, conforme a definição de N Weber. Para o funcionário "patrimonial", a própria gestão política apresenta como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interessam os objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas a cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. [...] (HOLANDA, 2006, p. 145-146). In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

⁶ Raymundo Faoro (2001, p. 874) explica que (...): “O conteúdo do Estado molda a fisionomia do chefe do governo, gerado e limitado pelo quadro que o cerca. O rei, o imperador, o presidente não desempenham apenas o papel do primeiro magistrado, comandante do estado-maior de domínio. O chefe governa o estamento e a máquina que regula as relações sociais, a ela vinculadas. A medida que o estamento se desaristocratiza e se burocratiza, apura-se o sistema monocrático, com o retraimento dos colégios de poder. Como realidade, e, em muitos momentos, mais como símbolo do que como realidade, o chefe provê, tutela os interesses particulares, concede benefícios e incentivos, distribui mercês e cargos, dele se espera que faça justiça sem atenção às normas objetivas e impessoais. No soberano concentram-se todas as esperanças, de pobres e ricos, porque o Estado reflete o pólo condutor da sociedade. O súdito quer a proteção, não participar da vontade coletiva, proteção aos desvalidos e aos produtores de riqueza, na ambigüidade essencial ao tipo de domínio. In: FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2001.

público fossem devidamente separados, entendendo-se como *democracia* pelo sufrágio universal da proteção do indivíduo contra o Estamento burocrático Brasileiro, conforme explica Oliveira Vianna.⁷

Nessa construção sociológica do Estado Brasileiro, há uma preocupação com a devida separação, em um franco Estado de Direito, pautado pelo *Rule of Law*, dos poderes, de maneira geral e, em especial, ao controle de tais poderes, conforme a construção do Estado Brasileiro, sobretudo na Constituinte de 1985, com o chamado *presidencialismo de coalizão*.⁸

Dentro da tradição política brasileira, não é relativamente novo e nem remotamente novidade que os poderes interfiram um nos outros, sobretudo do papel que deve ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, como *verdadeiro guardião da Constituição*, inclusive, das suas *instituições democráticas*, na visão idealizada de Rui Barbosa⁹¹⁰¹¹.

Nesse cenário, pautas que antes eram restritas à Câmara dos Deputados, ao Senado e aos Tribunais, hoje são frequentes discussões nos âmbitos familiares, movidas muitas vezes por influência ou reflexo da mídia. Com isso, nos últimos anos, o papel e a atuação dos Tribunais Superiores ganharam visibilidade popular, acarretando o acompanhamento da população nas

⁷ “O ponto vital da democracia brasileira não está no sufrágio liberalizado a todo o mundo, repito; está na garantia efetiva do homem do povo- -massa, campônio ou operário, contra o arbítrio dos que “estão de cima” – dos que detêm o poder, dos que “são governo”. Pouco importa, para a democracia no Brasil, sejam estas autoridades locais eleitas diretamente pelo povo-massa ou nomeadas por investidura carismática: se elas forem efetivamente contidas e impedidas do arbítrio – a democracia estará realizada.” (VIANA, 2019, p. 474) In: VIANA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. Brasília: Senado Federal,

⁸ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: em transe e crise democrática no Brasil. Revista uero **Latinoamericana de Análisis Social y Político**. Año 2, nº 3, 2020.

⁹ “Declarar, pois, inconstitucionais esses atos quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um desses dois poderes. Encarregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na competência de fixar a competência a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob este aspecto” (BARBOSA, 2014). In: BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. a Revista do Supremo Tribunal, vol. 2, 2ª pt., ag./dez. 1914, p. 393-414.

¹⁰ “Ter compreendido esta função primacial do Poder Judiciário em nosso país e em nossa democracia; ter exaltado o seu papel até quase sublimá-lo; ter colocado este Poder fora do alcance da subordinação e dependência dos Executivos e dos Parlamentos, sempre partidários e facciosos (...) Nesse ponto Rui estava adiante da mentalidade dos homens do seu tempo mensurável então pela do conselheiro Barradas. Barradas, puro homem do Império, ao ler um trecho de Rui sobre a competência do Judiciário para invalidar leis e atos administrativos o interpela, tomado de surpresa e escândalo. Não podia compreender esta faculdade revisora, que Rui atribuía ao Poder Judiciário, esta competência para anular atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo – poderes estes até então considerados, pelos juristas da mentalidade de Barradas, como intangíveis e semidivinos” (VIANA, 2019, p. 475).

¹¹ “Votando uma lei, que privasse o Supremo Tribunal Federal da autoridade suprema, que a Constituição lhe deu, para negar validade às leis a ela contrária, o Congresso votaria uma lei contrária à Constituição. Bastaria, pois, ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-lhe a inconstitucionalidade, para que a jurisdição inconstitucional, outorgada por essa lei ao Senado, se desmanchasse como bolha de ar. Desobedecendo a esse atentado legislativo contra a Constituição, a essa usurpação do Congresso, o Supremo Tribunal Federal se haveria resistente e insumisso ao abuso da legislatura, para se haver submisso e fiel ao mandado do soberano da Constituição, como haver-se costuma e deve, quando quer que a lei ordinária, rebelando-se contra a lei constitucional, deixa de ser lei, e, como tal, cai sob a alçada repressiva daquela justiça.” (BARBOSA, 2014).

decisões de grande relevância nacional.

Com efeito, os Tribunais Superiores, e em especial o Supremo Tribunal Federal, como guardião das grandes pautas constitucionais, em nome de potencial defesa à constituição, invadiram, em certos pontos, à competência jurisdicional de outros poderes *sem razão* jurídica à revelia da legalidade vigente (PAGANI; GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2023)¹², cristalizando a moralidade do intérprete, utilizando-se de competências que não lhe foram incumbidas pela Constituição Federal, sob o fundamento de zelar por algum direito fundamental que foi *omisso pelo poder legislativo ou executivo*, pelo anseio popular, pela evolução histórica, mas, em muitas das vezes, faltando-lhes o argumento jurídico ou o respeito ao devido processo legal.

E é assim que cresce e surge a preocupação com o chamado ativismo judicial, tido como a nova postura do STF de criar/alterar leis ou novos direitos, invadindo legitimidade e competência que seriam tipicamente do Poder Legislativo. É, portanto, o nome dado à atuação do magistrado não só no campo do Judiciário e da hermenêutica, mas também extrapolando suas competências e invadindo a seara de outros poderes, criando leis, modificando-as ou prevendo novas condutas. (RAMOS, 2015)¹³.

3. O ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DO STF

O ser humano, em sua própria natureza, tende a viver em sociedade, pois o homem, para atingir seus fins e preservar-se, necessita viver em coletividade, conforme Aristóteles¹⁴. E é justamente das relações humanas que surgem os conflitos sociais, que são inevitáveis, e, disso, a necessidade de buscar a solução de tais controvérsias.

Foi assim que, até a Idade Moderna, a autotutela funcionava como base para a resolução de conflitos, sendo a moral, os bons costumes, a força física e econômica os meios utilizados para legitimar a aplicação do Direito Natural.

Essa visão modifica-se a partir da *teoria do contrato social* de Locke e Hobbes, em especial, a entender que o ser humano abre *mão de uma parte de seus Direitos* em ordem de viver em Sociedade, devendo a tutela jurisdicional ser exercida pelo Leviathan, isto é, pelo

¹² PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. O ativismo judicial, custos sociais e proteção dos direitos fundamentais: a não efetivação dos direitos fundamentais e o devido processo legislativo. *Revista dos Tribunais*. vol. 1049. ano 112. p. 125-150. São Paulo: Ed. RT, março 2023.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ “A cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza uma animal social, e que é por natureza e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade [...] Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social.” (Política, I, 1253b, 15)

Estado, centralizando-se, então, a força, gerando um monopólio exclusivo da autorização do uso da violência física e imediata.

Nesse sentido, então, Pietro Calamandrei (2003, p. 188) descreve o *Direito de Petição* como um *direito subjetivo* para que seu direito seja respeitado, tendo o indivíduo aberto a mão do exercício da autotutela para a tutela jurisdicional estatal¹⁵:

Se o direito subjetivo significa preferência dada pela lei ao interesse individual, isto não quer dizer que quem está investido daquele possa pôr em ação a própria força privada para fazer valer, a cargo obrigado, tal preferência. Formando a base dos conceitos de jurisdição e de ação se encontra, no Estado moderno, a premissa fundamental da proibição da autodefesa: direito subjetivo significa interesse individual protegido pela força do Estado, e não, direito de empregar a força privada em defesa do interesse individual.

Assim, o Estado perde aquela antiga noção de “*olho por olho, dente por dente*” do Código Napoleônico, em que cada um com “*suas próprias mãos*” resolve seu problema com o que estiver ao seu alcance, passando a um Estado Democrático de Direito, em que o Estado assume esse papel, a fim de evitar-se completo caos e guerra social.

Nesse sentido, surge a ideia de jurisdição, que é a monopolização por parte do Estado da solução de conflitos, que presta tutela jurisdicional através do Poder Judiciário. É como bem conceitua Humberto Theodoro Júnior: “*jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida*”.¹⁶

Também assim descrevem a jurisdição Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

*A jurisdição é, portanto, no âmbito do processo civil, a função que consiste primordialmente em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico.*¹⁷

A teoria da separação dos poderes teve, em Montesquieu, como seu grande teórico moderno, baseada em sua obra “*O Espírito das Leis*”, deixando claro que não poderia caber a

¹⁵ Nesse mesmo sentido, entende Luiz Guilherme Marinoni (2022, p. RB-17.2), *in verbis*: O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia devida em razão de um empréstimo ou o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário. O direito de ação visa a oferecer uma cobertura geral em termos de atuabilidade a toda e qualquer afirmação de direitos.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p.34.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1 / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

um mesmo homem ou grupo de homens fazer as leis¹⁸, executá-las e julgar os litígios, entendendo-se que a liberdade só existe dentro da estrita legalidade (PIÇARRA, 1989, p. 90)

No mesmo sentido, entende Luís Roberto Barroso:

*A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias.*¹⁹

Pois bem. Partindo-se da análise da tripartição dos poderes, da função do Judiciário e do Estado Democrático de Direito, não se está aqui a dizer ou defender que ao Judiciário e/ou ao STF não caiba a revisão de atos políticos que sejam, por exemplo, inconstitucionais, até mesmo partindo-se do Sistema dos Freios e Contrapesos.

Não se desconhece que essa teoria prevê o controle do poder pelo próprio poder, em que cada poder exerce sua função autonomamente, mas sendo controlado pelos demais poderes, evitando-se, com isso, o exercício do abuso de poder. O que aqui se analisa, no entanto, é o crescimento do Judiciário em face dos demais Poderes, quando não há respaldo constitucional para tanto.

Sobre o tema, José de Ribamar Barreiros Soares²⁰, analisa, diante de casos concretos, 04 (quatro) hipóteses para explicar esse avanço do STF:

- (i) A primeira hipótese é a de que o ativismo judicial é provocado pela crescente demanda por pronunciamento judicial sobre questões políticas;
- (ii) A segunda hipótese é a de que o ativismo judicial é provocado pelo descrédito do Poder Legislativo;
- (iii) A terceira hipótese é a de que o ativismo judicial permite a realização de um

¹⁸ “A relação entre os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes no Estado de Direito liberal torna-se particularmente clara por referência ao conceito de soberania, já que ambos se apresentam como contrapontos desta, de uma perspectiva histórica.(...) Assim entendida constitui a perfeita contra-imagem do Estado Constitucional e assenta na ideia de que o soberano é legibus absolutus, isto é, não está limitado nem pela constituição, nem pela lei. É fonte de todo o Direito, dispõe dele ilimitadamente e pode violá-lo (...) Não há aqui lugar à existência de direitos reconhecidos e institucionalmente garantidos aos súbditos perante o soberano. (...) Partindo-se deste conceito de soberano, definido em consonância com as suas origens históricas, é forçosa a conclusão de que dentro do Estado Constitucional não existe um soberano, isto é, alguém que possua a soberania, tal como acaba de ser definida. De facto, no Estado Constitucional não existe um centro de poder ilimitado, capaz de revogar a todo o momento os direitos que antes havia outorgado, sem que os seus destinatários os possam fazer valer perante outros centros de poder, especialmente os tribunais.” (PIÇARRA, 1989, p. 188-190).

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, 2019, p. 15. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acessado em 24.06.2022.

²⁰ SOARES, José de Ribamar Barreiros. Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. 2010. 209 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 117-145.

maior controle pela sociedade da ética na política;

(iv) A quarta hipótese é a de que o voluntarismo dos membros do Supremo Tribunal Federal em decidir questões eminentemente políticas está na origem do ativismo judicial.

De fato, ainda que a questão tenha sido analisada em meados de 2010, cabível sua análise neste ponto, uma vez que tendente ainda mais o crescimento de pronunciamentos com viés político, especialmente pelo descrédito, morosidade e omissão do Poder Legislativo.

Sobre a quarta hipótese, importante trazer à baila as considerações do Autor sobre o voluntarismo dos ministros em decidir questões eminentemente políticas:

Os estudos feitos concernentes às decisões proferidas pela Suprema Corte e a análise do comportamento estatístico das ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do mandado de injunção, sobretudo com o cotejo temporal dos gráficos, revelam a disposição existente no âmbito dessas Cortes Judiciais de julgar e decidir questões políticas, criando novos direitos, do que decorre válida a tese do voluntarismo em questões marcadamente políticas.

Avaliamos também citações feitas por ministros do Supremo, como é o caso do Ministro Celso de Mello (2006), para quem a Corte deve ter um papel mais ativo na interpretação da lei. Essas manifestações apontam para uma insatisfação com a qualidade da atuação do Poder Legislativo, o que daria espaço para uma participação mais ativa por parte do Supremo, a fim de compensar a lacuna deixada pelo Legislador, com vistas ao aprimoramento da legislação. O Supremo passa a se preocupar com a qualidade das leis, em face de sua aplicação à coletividade e seus efeitos em relação aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Isso faz com que a Corte Suprema interprete as leis, indo além da simples interpretação, e passam a se preocupar com os reflexos políticos de sua decisão, diante do que acaba por modificar o direito naquilo que consideram de má qualidade jurídica, social e política. Isto resulta numa espécie de atualização, feita pelo processo hermenêutico criador de novos direitos, o que se denomina ativismo judicial”

Não se pretende aqui confundir a atuação do Judiciário, especialmente do STF, quando interfere nas esferas do Legislativo e do Executivo realizando o controle de constitucionalidade²¹, hipótese em que a Constituição Federal expressamente autoriza ao Supremo julgar inconstitucional uma lei, por exemplo.

Isso não se confunde, é claro, com o ativismo judicial, em que o STF invade a competência dos outros poderes, violando a separação de poderes, sob o simplório fundamento

²¹ Entende Lucas Augusto Gaioski Pagani (2022, p. 97) que: “Originalmente, Christopher Wolfe (1994, p. 101) definiu a revisão judicial como sendo essencialmente “uma questão de interpretação (associada por Hamilton com julgamento) ao invés de legislação (associada com vontade)”, afirmando que “a tarefa do juiz não é determinar o que é melhor para o país ou qual regra geral mais promoveria o bem da nação e de seus cidadãos no que diz respeito a uma questão política específica (...) é determinar não a sabedoria da lei, mas sua constitucionalidade”. Ele acrescenta que o propósito original da revisão judicial “como aplicação judicial de uma constituição escrita” difere do que é entendido como judge-made law, mas que a aplicação “não torna os juízes superiores ao povo, mas simplesmente os habilita a fazer cumprir a vontade constitutiva permanente do povo contra a vontade de uma maioria temporária”(WOLFE, 2004).”

de que a atuação política não foi suficiente, entendendo-se como um abandono do “seu dever de fazer cumprir a Constituição e passando a defender-se (...) como a própria Constituição. (...) Em suma, discricção judicial como regra e a lei como exceção” (PAGANI, 2022, p. 100).

É claro que nem sempre foi ou será satisfatória a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mas o seu descrédito não pode servir como base para justificar uma suposta competência inexistente do Judiciário.

Divergindo deste entendimento, Luís Roberto Barroso²² consagra:

As democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Juízes e tribunais, como regra, não dependem de votos, mas vivem da proteção de direitos e do oferecimento de razões. Nesse ambiente, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papéis: contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. Esta última competência, como intuitivo, deve ser exercida em momentos excepcionais e com grande cautela, pelo risco autoritário que envolve. Mas a proteção de negros, mulheres, homossexuais e minorias em geral não pode mesmo depender de votação majoritária ou pesquisa de opinião”

Um exemplo claro também da distorção de suas competências ocorre quando o STF se utiliza indiscriminadamente de decisões monocráticas para julgar toda e qualquer questão, desconsiderando que a CF, salvo exceções, não conferiu poder decisório a ministros individualmente, mas apenas ao órgão colegiado.

Sobre o cabimento da concessão de medida cautelar monocrática em ADI, muito bem se pronunciou Miguel Gualano de Godoy²³, valendo a transcrição de sua análise:

“No entanto, a Constituição não conferiu qualquer poder decisório a ministros individualmente, mas sim ao Supremo Tribunal Federal, órgão colegiado. Quem guarda a Constituição não é o ministro A ou o ministro B, mas o STF, através do conjunto de ministros reunidos em sessão. A Constituição, aliás, foi expressa ao estabelecer que apenas a maioria absoluta dos ministros pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou norma (art. 97, CRFB/88) e que compete ao Supremo Tribunal Federal (órgão colegiado) processar e julgar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p, CRFB/88). A Constituição não autoriza medida cautelar monocrática em ADI, portanto.

A lei que rege o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei 9.868/99) também foi nítida ao estabelecer que apenas a maioria absoluta dos

²² BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, 2019, p. 35. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acessado em 24.06.2022.

²³ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação de constitucionalidade e o silêncio do Plenário. Direito e Práxis, v. 12, n. 2, 2021. p. 1039-1043.

ministros pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (art. 23, Lei 9.868/99). E foi categórica ao estabelecer que a concessão de medida cautelar é de competência do Tribunal, e não de um ministro individualmente (art. 10, caput, §3º, Lei 9.868/99). A medida cautelar monocrática em ADI é excepcional, permitida apenas no período de recesso, por decisão do Presidente do STF (art. 10, caput, Lei 9.868/99; art. 13, VIII, Regimento Interno do STF).

Assim, a Lei de processamento e julgamento da ADI também não autoriza a concessão de medida cautelar monocrática, salvo no período de recesso e por decisão do Presidente do STF.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar o processo e julgamento da ADI no âmbito do STF, também estabeleceu que o julgamento da ADI e de sua medida cautelar são de competência do Plenário do Tribunal (art. 5º, VII, X; art. 170, §1º, §3º; art. 173, todos do RISTF). Ou seja, competência colegiada.”

O que se percebe é que os ministros e o STF vêm se utilizando de normas gerais de poderes do relator, deixando de lado o que exige a CF e as previsões legais específicas sobre o tema da ADI ou do tema em análise. Ou seja, se há um conjunto de regras específicas, não é possível aplicar uma única regra geral para ignorá-las - a título de exemplo, o poder geral de cautela. O que se espera, em verdade, da Corte Suprema, é uma atuação colegiada e deliberativa, respeitando-se, principalmente, o processo constitucional previsto.

Sobre o crescente número de decisões monocráticas, também disserta Jefferson Aparecido Dias²⁴:

“Esse agigantamento do STF, tanto em face dos demais órgãos do Poder Judiciário, quanto diante dos demais Poderes, tem feito aumentar o número de processos que nele aportam. Em 2018, foram recebidos 101.497 processos no STF, dos quais 55.201 foram distribuídos, tendo sido julgados 112.218 processos por decisões monocráticas e 14.535 em decisões colegiadas.

Os números acima e outros disponibilizados pelo STF permitem verificar um incremento no número de decisões monocráticas, as quais, na última década, representaram 90% de todas as decisões liminares proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. No outro extremo estariam as decisões tomadas pelo plenário, as quais não chegariam, nos últimos anos, a 0,5%.

O aumento do número de decisões monocráticas, aliado à adoção, pelo Ministros do STF, de outros mecanismos com o objetivo de controlar a pauta de julgamentos, inclusive com a utilização do pedido de vistas, fez surgir o termo “ministrocracia” utilizado para designar a atuação individualista e descentralizada atualmente adotada pelo STF.”

Novamente, não se está aqui a dizer que a atuação individual dos ministros e a prolação de decisões monocráticas não seriam possíveis, mas isso deve se dar como exceção, apenas e tão somente nas hipóteses previstas constitucionalmente, na lei e no Regimento Interno. A regra

²⁴ DIAS, Jefferson Aparecido. Supremo Tribunal Federal. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/462/edicao-2/supremo-tribunal-federal>. Acessado em 22.06.2022.

deve ser a atuação colegiada e a decisão coletiva.

Isso tudo demonstra o importante papel do STF na democracia deliberativa, na tomada de decisões coletivas e imparciais, o que não vem sendo cumprido na prática, diante das atuações individuais que vêm caracterizando o STF.

E não se pode aqui utilizar a única justificativa da morosidade do Judiciário para dar azo a ilegalidades e até mesmo inconstitucionalidades. Não se pode, em nome de uma denominada “injustiça” justificar a concretização de outra, a *justiça pode ser facilmente confundida com vingança*, em suas devidas proporções.

Da mesma forma, o mero clamor popular, por mais que o poder emane do povo, não pode também justificar decisões baseadas em fundamentos morais, pois, se assim o for, sairemos da seara jurídica e, assim, desnecessário seria a análise de um jurista²⁵.

Dessa forma, não cabe a um juiz ou até mesmo a um ministro julgar com base na vontade pública ou em questões morais. As decisões não devem ser morais, mas sim jurídicas, vez que o Ativismo Judicial pode ser definido como “a usurpação do poder legítimo de decidir sem razão jurídica o suficiente (...) a atuação do Poder judiciário não fica mais restrita à Lei, mas, sim, restrita ao senso de justiça e ideologia do intérprete” (PAGANI, 2022, p. 14). Logo, por mais que um direito seja aclamado pela população, não pode ele ser consagrado por uma decisão, se ainda não o foi pela lei, devendo ser respeitado o devido processo legal, democrático e constitucional previsto para sua efetivação.

Quanto ao processo legislativo, é de sua *natureza ser lento*, em especial, *a sua prudência* em não se apressar em decidir sobre desacordos morais razoáveis para que se evite a sua radicalização e a *supressão total do pluralismo democrático, pedra fundamental da República*:

“O desacordo moral deve ser decidido através do processo legislativo que evita a radicalização das leis e força uma conciliação de um meio termo entre os grupos. Por isso, o ativismo judicial legislador político deve ser restringido, por ferir a isonomia e possibilidade de debate entre agentes que respeitam direitos e que discordam entre si. (...) A divergência sobre o que é direito pode ter sua solução pela maioria de forma adequada ou de forma injusta, assim como a minoria também pode ter uma resolução

²⁵ Eneida Desiree Salgado (2018, p. 208) entende que: “A moralidade toma o lugar da Constituição e de legalidade também quanto às faculdades do Presidente da República. A Constituição estabelece que “compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado” (artigo 84, I), entre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos (artigo 87), sem participação ou autorização dos demais órgãos de soberania. Para anular uma nomeação de um ministro de Estado tida como “imoral”, um magistrado considerou existente direito líquido e certo para defesa da ordem institucional no afastamento de “ilícito atípico” fundado em “confissão extrajudicial” extraída de conversa gravada após ordem judicial para suspensão da interceptação e divulgada em nome do interesse público, aquela mesma divulgação contrária à Constituição e que não trouxe consequências ao magistrado que lhe deu causa (...) Em caso análogo, no entanto, sob outro relator no mesmo Tribunal, manteve-se a nomeação, por outro chefe do Poder Executivo, de cidadão investigado.” In: SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018.

adequada ou forma injusta. Desacordos morais não implicam em apenas uma solução moral adequada, uma vez que a democracia é feita a partir do consenso entre os interesses difusos da sociedade, sendo fundamental a persistência substancial da boa-fé na discordância sobre os direitos, bem como instituições democráticas funcionando de maneira adequada, dentro de um sistema representativo vinculado ao sufrágio adulto universal” (PAGANI; GOMES JÚNIOR; CHUEIRI, 2023, p. 6).

Nesse ponto, entende José Gomes Canotilho acerca do denominado “mercado das regras”²⁶. O Autor trata, de um lado, acerca da expressão “*law shopping*” ou “compra e venda do direito” ou “a escolha do direito ou seleção da lei”, em que a escolha do direito seria uma operação de individualização da norma e subsequente processo de interpretação/aplicação nos casos concretos.

De outro, o Autor realça a ideia pretendida pelo mercado das regras, em que o direito pode ser escolhido pelos próprios regulados, ou seja, em que os particulares se asseguram do direito de escolher o direito, isto é, as regras jurídicas que vão usar e que se lhes afigurem mais operacionais sobre o ponto de vista econômico e mais funcionais sob o ponto de vista jurídico, para a prossecução dos seus objetivos.

Em resumo, o Canotilho disserta que os particulares interessados podem comprar as regras do jogo existentes no mercado global das regras. De maneira crítica, a partir do exposto, é possível concluir que o Direito é uma *seara onde a proteção de razão prática*, isto é, da cristalização de um Direito Moral em Lei, transformando-se em um *direito positivado*, é o respeito ao pluralismo democrático, entendendo-se como escolha legislativa legítima aquela aprovada por *todos os poderes*, em especial, o legislativo e o executivo, sendo o fórum político essencial e fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito.

3.1. A ANÁLISE PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL.

O Ministro Luís Felipe Salomão²⁷ assim revela algumas vantagens e desvantagens do ativismo judicial:

“Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens - quase que de maneira incontroversa - no ativismo: a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos

²⁶ CANOTILHO, José Gomes. **O Ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza**. In: O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-58.

²⁷ SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo Judicial: para quem e por quê?*. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acessado em 24.06.2022.

fundamentais. Por outro lado, existem também objeções a essa atuação, tendo em vista: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.”

Em sentido diverso, entende Georges Abboud (2022, p. RB-2.3):

Para nós, o ativismo, seja lá qual for, é pernicioso para o Estado Democrático de Direito. Não se pode diferenciar em uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.¹⁸ No Brasil, o que Manili defende como bom ativismo é, na realidade, concretizar a Constituição, atribuir-lhe força normativa. Um dever que nos é imposto e nunca uma opção.

Sendo qual for a motivação do ativismo judicial, em especial, à boa vontade em concretizar possíveis direitos fundamentais, entende Lucas Augusto Gaioski Pagani, Ferdinando Scremin Neto e Bruno Smolarek Dias (2022, p. 24) que:

Em que pese a centralidade da Corte Suprema na tomada de decisões em grandes questões nacionais, subsistem, decerto, riscos democráticos ao deslocamento da agenda política para o Judiciário. O juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis e não por vontade própria. Como lembra o ministro Barroso, o ativismo judicial é “antibiótico” poderoso, cujo uso deve ser controlado. Em excesso, pode matar o “paciente”. Trata-se, sem dúvidas, de grave risco para o futuro do sistema de Justiça no País.

Trazendo a teoria para análise de casos concretos, no Brasil, as definições de família, casamento e união estável na Constituição Federal e no Código Civil levam a crer que o casamento é a união entre um homem e uma mulher.

Por sua vez, em 2011, o STF, no julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, autorizou, mediante decisão judicial, a imediata caracterização de união estável em relações homoafetivas. Nesse sentido, indo além da interpretação da lei, o STF assegurou o direito constitucional à igualdade e à não discriminação, reconhecendo o direito básico dos casais do mesmo sexo poderem constituir uma família.

Aqui, uns defendem a necessidade dessa atuação por parte do STF, como guardião dos direitos fundamentais e como medida de efetivar o clamor público. No entanto, deve-se observar que o texto constitucional é o limite intransponível para qualquer interpretação realizada pelo STF, logo, para se autorizar a equiparação da união homoafetiva à união estável e ao casamento, far-se-ia necessária a promulgação de emenda constitucional, o que não foi respeitado, violando-se o devido processo legal e constitucional.

Em que se pese o avanço à proteção aos direitos *constitucionais* ao casamento, em especial, para pessoas do mesmo sexo e gênero, há outro perigo a ser considerado: acaso à

Suprema Corte mudasse a sua composição para 11 ministros conservadores que não considerassem um Direito Fundamental à união homoafetiva e revertesse tal precedente, da noite para o dia, qual seria a segurança jurídica para tal decisão? O processo legislativo serve para a cristalização de um Direito Fundamental, necessitando-se de proteções contra eventuais abusos de *quaisquer um dos poderes da república*.

Não se pode permitir que possível omissão do Legislativo — dado que o tema foi profundamente discutido na constituinte de 1985 — dê fundamento a uma decisão que não respeite o devido processo constitucional, sob pena de se permitir que uma inconstitucionalidade permita outra, num ciclo infinito.

Importante deixar claro que é sim necessária a equiparação dos direitos à evolução histórica e isso aqui não se discute. Deve sim a lei ser ajustada aos moldes da população, mas isso não deve ser convalidado por decisão judicial e sim por lei, no caso, emenda constitucional. Portanto, não se discute o direito em si, com o que aqui não se discorda, mas sim o rito processual que deve ser seguido para a efetivação desse direito.

Não se pode deixar de citar aqui a recente decisão divulgada em 24/06/2022, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que deixou de reconhecer o aborto como um direito constitucional, suscitando, em muitos, discussões religiosas, acadêmicas, jurídicas, revoltas acerca de um suposto e extremo conservadorismo.

Novamente, é evidente que as questões de aborto estão em pauta e devem assim continuar, em verdadeiro desacordo moral razoável, trazendo a vontade pública para a regulamentação do Direito, sopesando-se os argumentos jurídicos, políticos, morais e sociológicos da discussão, em verdadeiro fórum político de valores, respeitando-se o pluralismo democrático do processo legislativo.

É claro que a discussão não deve e nem precisa se limitar apenas à vida do feto, mas também da mulher e do papel paternal do Homem — do abandono afetivo e material da paternidade. Novamente, o que se traz à pauta, é a intervenção do Judiciário em questões públicas e políticas que são e deveriam ser pautas do Legislativo e do Executivo, seja na execução de normas ou de políticas públicas.

Não cabe, portanto, ao Judiciário, descriminalizar uma prática criminalizada em lei ou, da mesma forma, criminalizar aquilo que não está posto em lei. Discute-se, novamente, o processo constitucional adotado e não o direito em si. E isso não pode ser suprimido apenas pela alegação de retrocesso.

Pois bem. Voltando-se à citada decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, que anulou decisão que anteriormente considerava o aborto como um direito constitucional, a

aclamação pública por si só justificaria a manutenção da decisão? Ou, tratando-se de uma corte jurídica, caberia a ela, de fato, anular a decisão?

Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni (2023, p. 53)²⁸ descreve, tratando-se de *aborto*, em especial, um desacordo Moral Razoável, que, *in verbis*:

Tanto o Parlamento quanto a Corte têm dever de buscar a verdade para decidir desacordo razoável que envolve fato. Portanto, há de se demonstrar que a decisão parlamentar é viciada por não ter devidamente considerado fato imprescindível à interpretação constitucional. Afinal, a busca da verdade é pressuposto condicionante da legitimidade da interpretação constitucional, na medida em que esta, especialmente diante dos novos casos que exsurtem na sociedade, depende da devida aferição dos fatos para ter legitimidade. Porém, o Parlamento pode resolver a questão fática, antecedente lógico da sua decisão, de forma equivocada, inclusive em face da posição da comunidade científica acerca do ponto. Uma interpretação constitucional que se realiza a partir de fato desmentido pela realidade obviamente não pode sobreviver⁶⁰. Assim, não se pode imaginar que esta questão não possa novamente ser debatida e resolvida perante a Corte, redecidindo-se a questão essencial para a solução do desacordo. Nesta situação, há um desacordo que, não obstante razoável, foi resolvido com base em fatos não corretamente analisados.

Em análise à decisão de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), descreve Shubham Verma²⁹ (2022, p. 2) que a decisão anterior (*Roe v. Wade*) baseava-se na cláusula de privacidade e do *direito processual substantivo*, *in verbis*:

(...) Since the US Constitution does not explicitly mention abortion rights, one must ideally show its implicit location within the Constitution to justify it as a constitutional right. In *Roe*, the Court held that the abortion right springs from the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments. The Court expressed that the Fourteenth Amendment did the work. However, the majority in *Dobbs* found that *Roe's* message suggests that the abortion right could be found somewhere in the Constitution—for instance, the Ninth Amendment's reservation of rights to the people—and specifying its exact location was not of paramount importance.³ The *Casey* Court, on the other hand, "did not defend this unfocused analysis and instead grounded its decision solely on [...] "liberty" protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause.

A conclusão da decisão dada em *Dobbs* é de que deve ser realizada através de emenda constitucional, devendo-se ser respeitado os Estados Membros que proíbam ou legalizem o aborto, dentro de suas competências territoriais, em franco *self-restraint* pelo judiciário.

Nesse sentido, mesmo em críticas ferrenhas à decisão de *Dobbs*, é possível verificar que o caminho a ser perseguido seja a da discussão política e a formação legislativa em relação

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Desacordos morais razoáveis e controle de Constitucionalidade. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Volume 7, número 1, janeiro-abril, 2023.

²⁹ VERMA, Shubham. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022): A case Comment. **Indian Journal of Integrated Research In Law**. Volume II, Issue V, ISSN: 2583-0538.

ao Direito Reprodutivo, conforme entende Carol Sanger³⁰ (2023, p. 155):

Certainly not, for as Justice Alito states, procuring an abortion is no longer “a fundamental constitutional right because such a right has no basis in the Constitution’s text or in our Nation’s history.” Therefore, the rational relationship test applies, not strict scrutiny. This means that the challenged regulation “must be sustained if there is a rational basis on which the legislature could have thought that it would serve legitimate state interests.” Because these “legitimate interests include respect for and preservation of prenatal life at all stages of development,”²⁶⁵ a three-week chronological ban would seem within constitutional bounds. Thus, while there is a test to apply, its application has been neatly jiggered so that it is hard to think of a regulation that falls outside a legislator’s notion of a reasonable state interest

Veja-se que foi a partir da vagueza da norma, denominado no texto como “*direito à privacidade que sustentaria o direito de abortar*”, que a Corte se baseou para a criação de um direito, em questão que deveria ser decidida eminentemente pelo Parlamento, partindo-se do clamor público e não seguindo-se o rito democraticamente previsto para tanto.

Ora, é evidente que a questão do aborto deve ser discutida, visando a amenizar todas as incorrências na saúde pública. No entanto, isso deve ser considerado pelos Poderes Legislativo, devidamente competente e legítimo para a criação de normas e de políticas públicas para desacordos morais razoáveis.

Não cabe, portanto, ao Judiciário, baseando-se na vagueza de direitos fundamentais, criar direitos, sob pena de, em busca pela democracia e por justiça, acabar violando o próprio Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo feito no presente artigo, conclui-se que os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, em casos específicos, extrapola as competências que lhe foram concedidas na Constituição Federal, invadindo a legitimidade prevista para os Poderes Legislativo e Executivo, ferindo, assim, a Separação dos Poderes e o devido processo constitucional.

Não se desconhece, neste artigo, acerca do Sistema de Freios e Contrapesos e do controle de constitucionalidade, necessários ao controle de eventuais abusos de poderes e que são constitucionalmente previstos. O que aqui se concluiu foi que, ainda que a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo não seja da mais satisfatória, o seu descrédito não pode servir como base para justificar uma suposta competência inexistente do Judiciário, sustentando

³⁰ SANGER, Carol. The rise and Fall of a Reproductive Right: Dobbs v. Jackson Womens’s Health Organization. *Family Law Quarterly*, 2022-2023. Vol. 56, Numbers 2 & 3.

balizar para a criação de leis, de novos direitos e de políticas públicas que não lhe compete, respeitando-se a pluralidade democrática, pedra fundamental da República Federativa do Brasil, entendendo-se o desacordo moral razoável como saudável para a democracia e deve ser resolvido pela seara legislativa.

Sabe-se que é tendente ainda mais o crescimento de pronunciamentos com viés político, especialmente pelo descrédito, morosidade e omissão do Poder Legislativo, motivando o voluntarismo dos ministros em decidir questões eminentemente políticas. O que se espera, em verdade, da Corte Suprema, é uma atuação colegiada e deliberativa, respeitando-se, principalmente, o processo constitucional previsto, que não se utilize de normas gerais e abstratas para extrair dali o interesse político que se quer obter.

Logo, conclui-se que não cabe ao magistrado julgar, orientar condutas ou criar direitos com base na vontade pública ou em questões morais, devendo a motivação ser eminentemente jurídica e pautada em lei, respeitando-se, sempre, o devido processo legal, democrático e constitucional previsto para a efetivação de um direito.

Com relação ao julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, que autorizou a caracterização de união estável em relações homoafetivas, deixando de lado a questão de mérito envolvida, não se desconhece a necessidade de reconhecimento de novos direitos ajustados aos moldes da população, mas isso não deve ser criado/convalidado por decisão judicial, e sim por lei, no caso, emenda constitucional. Portanto, por mais válida que seja a tese, deve-se atentar ao rito processual a ser seguido para a efetivação de um direito, ao revés de *suposta omissão legislativa*.

No mesmo sentido, no que diz respeito à decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, que anulou o aborto como um direito constitucional, restou decidido que a questão deve ser merecidamente tratada pelos Poderes Legislativo e Executivo, devidamente competentes e legítimos para a criação de normas e de políticas públicas, não cabendo ao Judiciário, baseando-se na vagueza de direitos fundamentais, criar direitos, sob pena de, em busca pela democracia e por justiça, acabar violando o próprio Estado Democrático de Direito, como bem reconhecido no julgamento expresso em *Dobbs v. v. Jackson Women's Health Organization* (2022).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, 2019, p. 15. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acessado em 24.06.2022.

CANOTILHO, José Gomes. O Ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza'. In: O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-58.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Supremo Tribunal Federal**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/462/edicao-2/supremo-tribunal-federal>. Acessado em 22.06.2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: do que se trata?**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acessado em 24.06.2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação de constitucionalidade e o silêncio do Plenário**. Direito e Práxis, v. 12, n. 2, 2021. p. 1034-1069.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**, Revista dos Tribunais, 1ª Ed., 2021.

SALOMÃO, Luís Felipe. **Ativismo Judicial: para quem e por quê?**. Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acessado em 24.06.2022.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 209 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 117-145.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 1, p.34.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1 / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra:

Coimbra Editora Limitada, 1989.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ABBOUD, Georges. Ativismo Judicial. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.