

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: Uma análise à luz do Neoconstitucionalismo

Maione José de Melo (Autor)
Graduando em Direito pelo UNIPTAN
e-mail: j73maione@gmail.com

Jorge Heleno Costa (Coautor)
Professor de Direito no UNIPTAN.
e-mail: jorge.costa@uniptan.edu.br

Érika Tayer Lasmar (Coautora)
Professora de Direito no UNIPTAN.
e-mail: erika.lasmar@uniptan.edu.br

Resumo: Através de uma pesquisa qualitativa e exploratória, analisando de forma bibliográfica o marco teórico, observando contextualmente a Constituição Federal de 1.988 (Brasil, 1988) e baseando-se essencialmente nas obras do Professor Doutor Georges Abboud¹, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, busca-se constextualizar o Ativismo Judicial brasileiro à luz do Neoconstitucionalismo, a compreendê-lo como uma maneira contemporânea de interpretação da Constituição, tendo os Direitos Fundamentais como basilares da hermenêutica jurídica, é possível que a sensibilidade e subjetividade de tais direitos deem margem a interpretações extravagantes de dispositivos constitucionais, com vistas a concretizar interesses pessoais ou de grupos específicos. Nessa seara, foi proposta uma análise sobre o ativismo judicial brasileiro à luz do Neoconstitucionalismo, objetivando compreender como tal método hermenêutico pode ter impulsionado o protagonismo do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que esclarece, sob a ótica do Professor Georges Abboud, se o Ativismo Judicial nos moldes como ocorre no Brasil, reflete verdadeiramente o conceito de Ativismo Judicial do direito estadunidense, onde se originou. E como principal conclusão destaca-se que efetivamente o Judiciário Brasileiro pratica um ativismo não só diverso daquele característico do ordenamento jurídico norte-americano, mas também classificado como “o ativismo do mal”, na medida em que reflete muito mais o ego e os interesses e convicções individuais do julgador do que uma manifestação legítima de contenção e revisão do próprio poder judiciário.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial, Constituição da República de 1988.

¹ Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Constitucional do - IDP-DF. Professor de Processual Civil da PUC-SP. Advogado e Consultor Jurídico

Introdução

O presente trabalho se propõe a promover uma pesquisa qualitativa e exploratória, analisando de forma bibliográfica o marco teórico, observando contextualmente a Constituição Federal de 1.988 (Brasil, 1988) e baseando-se essencialmente nas obras do Professor Doutor Georges Abboud (2016), Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, ao fazer um estudo sobre o surgimento da teoria do Ativismo Judicial e os desenlaces do tema na organização jurisdicional brasileira, de forma a situar o Brasil no tema, a considerar que na atual (des)configuração do mundo globalizado tal teoria não se apresenta com definição uníssona, a saber que a expressão “Ativismo Judicial” é utilizada para explicar comportamentos distintos dos magistrados de diferentes países.

Assim, o presente trabalho discute como pode ser entendido o Ativismo Judicial no Brasil, a considerar a vasta utilização da expressão “Ativismo Judicial”, muitas vezes em situações diametralmente opostas, e dada a sua grande importância no entendimento da discricionariedade do magistrado e seus limites constitucionais, isto no contexto do Ativismo Judicial na sociedade brasileira, sobretudo à luz da Constituição da República de 1988, que aporta em si garantias e direitos fundamentais adquiridos após o governo militar (1964 a 1985) e que portanto, traz a base principal do Neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, dada a subjetividade e a sensibilidade de tais garantias e direitos fundamentais, é possível que a própria sistemática neoconstitucionalista da Carta Magna brasileira, tenha cultivado terreno fértil para ações autocráticas e distantes do interesse comum, por parte de alguns magistrados e tribunais, gerando um protagonismo inegável do Poder Judiciário, sobretudo através da repercussão de decisões e manifestações controversas e que deslocam a competência dos demais poderes.

A pergunta que norteou esse estudo foi: Como o Neoconstitucionalismo pode ter impulsionado o protagonismo do Poder Judiciário brasileiro? Como objetivo geral tem-se: Analisar a teoria do Ativismo Judicial em face do Neoconstitucionalismo, à luz da Constituição de 1.988. E como objetivos específicos: i) Conceituar a teoria do Ativismo; ii) Verificar o conceito de Neoconstitucionalismo; iii) Relacionar o Ativismo Judicial e o Neoconstitucionalismo, no âmbito brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988.

Uma hipótese para o fenômeno do protagonismo do Judiciário, portanto, é justamente a vasta margem de interpretação e sobretudo a vasta possibilidade de justificativas jurídicas para a interpretação de dispositivos legais, abstraídos da própria constituição e passíveis de serem utilizados por magistrados e tribunais tanto em decisões ativistas como, inclusive, em atos de puro individualismo do julgador.

Portanto, em busca do resultado pretendido, qual seja, o do esclarecimento do papel do Brasil no contexto do Ativismo Judicial, persegue-se a análise da teoria do Ativismo Judicial em face do Neoconstitucionalismo, à luz da Constituição de 1.988, passando pela conceituação da teoria pura do Ativismo e seu surgimento no ordenamento jurídico estadunidense, pela verificação do conceito de Neoconstitucionalismo, conectando-o com o tema principal, e por fim, fecha-se o estudo com a relação teórica construída entre o Ativismo Judicial brasileiro e o Neoconstitucionalismo, a fim de que seja possível observar se, de fato, uma constituição garantista e com traços neoconstitucionais evidentes acaba, em verdade, criando tiranos e instituindo ditadores da Lei.

Por fim, tal indagação se justifica oportunamente pelo momento vivido pela

sociedade brasileira, em que o povo busca pelo equilíbrio entre a segurança jurídica, a confiança na justiça e suas personagens e o desenvolvimento intelectual do país, de forma a alcançar o tão sonhado país do futuro, como há várias décadas, em maior ou menor grau, é apresentado o Brasil. Nessa seara, entender qual papel o país representa no cenário internacional e que imagem passa às demais nações, tem grande importância na definição da postura a ser assumida pelos seus representantes, tanto internamente quanto no exterior.

Conceitos e Contextualizações

O ativismo, que pode ser entendido em sentido amplo como ação real pela alteração da realidade criada pela teoria, costumes ou regras positivadas (Abboud, 2016). Na realidade jurídica brasileira, o ativismo quase sempre está ligado à causas consideradas minoritárias, a exemplo dos direitos de igualdade racial, de gênero, orientação sexual, dentre outros. Nesse sentido, os ativistas, em tese, objetivam influenciar nos ajustes legislativos e promover a chamada justiça social, que será conceituada mais adiante neste trabalho.

É possível perceber que um mundo confortável, sem tantas guerras, com tanta informação, e bem-sucedido em alguns aspectos, em verdade molda indivíduos que exigem do mundo e dos seus pares, muito mais do que oferecem a eles, isto é, constrói-se um mundo de direitos, e com grave dificuldade de se instituir deveres de forma concreta. Terreno fértil, portanto, para a eclosão do ativismo, na medida em que os indivíduos, com grande dificuldade de cumprir deveres e grande ânsia pelo imediatismo de um direito do qual, por si mesmo ou por um grupo do qual fazem parte, concluíram que são merecedores e que não necessariamente devem aguardar o trâmite ordinário das coisas, especialmente no mundo jurídico.

Sobre isso, nas palavras de Georges Abboud:

O que efetivamente pretendemos é evidenciar que o ativismo é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade. (Abboud, 2016, p. 709).

Georges ainda contribui, em outra oportunidade, juntamente com Guilherme Lunelli:

No atual estágio d'arte, não poderíamos nos valer da locução 'ativismo judicial' sem um prévio corte. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo metodológico, bem definindo o seu conteúdo e alcance. Conforme lembra Keenan D. Kmiec, a expressão sempre incorporou uma variedade de diferentes significados e, por conseguinte, para fins de rigor científico, todos aqueles que se valham do termo primeiramente devem determinar o significado que lhe será atribuído.

No plano nacional, temos que a expressão geralmente é utilizada com uma acepção positiva, relacionando-se a: (a) decisões jurisdicionais que busquem primordialmente assegurar direitos fundamentais; (b) decisões jurisdicionais orientadas à garantia da supremacia da Constituição; (c) decisões jurisdicionais fundamentadas substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais. (Abboud, Lunelli, 2015, p. 27)

Nesse ponto, é oportuno apresentar a conceituação de Neoconstitucionalismo, que pode ser compreendido como uma nova premissa, ou

conjunto delas, que objetivam estabelecer um desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais aplicada à hermenêutica constitucional, alterando a realidade legal (Barroso, 2006). Nota-se, portanto, que nasce um novo modo de interpretar a lei maior de um país, que balizará todo o procedimento legislativo, mas não só ele, também as manifestações do poder judiciário que, instigado pelas manifestações ativistas - ou sob este pretexto – perceberão aumentar cada vez mais o seu campo de atuação, de forma muitas vezes inconstitucional, para os mais conservadores, mas fato é que a própria constituição dá margem a entendimento no sentido oposto. Sobre isso, dizem Gilmar Mendes, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal e Georges Abboud:

Tais condutas simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal. Por conseguinte, no Brasil, o que se designa – ou se deveria designar – por essa expressão é algo totalmente diverso e até mais preocupante: trata-se da suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo. (Abboud; Mendes, 2019, p. 3).

Fácil perceber, pela exposição de Gilmar Mendes e Georges Abboud, que a subjetividade da aplicação dos direitos fundamentais ao caso concreto ou como base para decisões dos magistrados, faz do Neoconstitucionalismo uma linha tênue entre o remédio e o veneno, isto é, há de se acertar minuciosamente a dose de aplicação e interpretação dos dispositivos neoconstitucionais, de maneira a evitar que os anseios individuais do julgador se sobreponham ao seu papel constitucional e ao que se espera de uma decisão que, em primeira análise, deve tutelar um direito subjetivo, e em última, certamente impactará econômica e socialmente o país, ou seja, o magistrado tem o poder/dever de dar segurança jurídica às decisões que toma, ao mesmo tempo em que pode definir o bem-estar da sociedade, proferindo uma decisão acertada, tanto do ponto de vista jurídico quando social.

Especialmente sobre os direitos fundamentais, contextualiza Paulo Bonavides:

Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas consequências por Kelsen, como já observou um jurista contemporâneo, é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos (Bonavides, 2009, p. 171).

O que Bonavides esclarece nesse trecho é que em tempos passados, notadamente até a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), as Constituições eram consideradas apenas norteadores das decisões dos julgadores, ou seja, não eram objeto de garantia e proteção do subordinado perante o julgador. Em outras palavras, a aplicação concreta do direito fundamental eventualmente previsto na Carta Constitucional era condicionada ao julgamento e decisão do judiciário, ou seja, antes da atuação do julgador, o direito não tinha aplicabilidade prática “apenas” pelo fato de constar da Constituição.

Nesse momento do estudo, cabe uma importante comparação entre a judicialização e ativismo judicial, feita por Luis Roberto Barroso, também Ministro da Suprema Corte:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2010, p. 3).

Tal comparação é de fato interessante, pois identifica a transferência de poder dos poderes executivo e legislativo para o judiciário. Afinal, judicializar uma pendência é aportar no judiciário o poder de decidir se alguma norma há de ser seguida ou não e em quais circunstâncias, o que contribui em muito para o avanço do ativismo na atual configuração da sociedade brasileira, tanto em termos jurídicos quanto políticos.

Com estes conceitos em mente, faz-se necessário uma comparação entre o ideal de uma sociedade que anseia por direitos e os danos que o imediatismo de tais exigências pode causar no equilíbrio da ordem democrática. É o que se apresenta a seguir.

Um paralelo com a justiça social e o equilíbrio democrático

Pode-se compreender a justiça social sob dois aspectos: em relação à distribuição de recursos (humanos ou materiais) e sob o ponto de vista da redistribuição desses recursos, se concluído que foram distribuídos de forma desigual, em um primeiro momento. Portanto, se os recursos partem do Estado e serão distribuídos ao povo, busca-se promover igualdade de oportunidades, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida da sua desigualdade, com vistas a garantir a todos o acesso justo a recursos e direitos, buscando a inclusão social. De outro modo, se há desigualdades estruturais resultantes de uma distribuição injusta de recursos, a justiça social atuará com políticas públicas que objetivam ajustar as disparidades. Nessa direção, cabe citar dois importantes dispositivos constitucionais:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios: **(grifo meu)**

(...)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e **como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (grifo meu)** (Brasil, 1988)

Conclui-se, indubitavelmente, que o texto constitucional acevera que o principal objetivo da atividade econômica, em consonância com a atividade social, é a existência digna e não o crescimento econômico e o acúmulo de riquezas sem o propósito da justiça social.

Corroborando tal decisão, John Rawls apresenta objetivos para a justiça

social:

a) toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. (Rawls, 2000, p. 345)

Nessa senda, a considerar a jovem e frágil democracia brasileira, somada à subjetividade de uma constituição fundada no Neoconstitucionalismo, percebe-se o enorme campo de atuação do poder judiciário que, em última análise, atua, de ofício o mediante provocação, para colocar em prática a justiça social. Nesse contexto, a preocupação advém justamente das atuações *ex officio* dos magistrados, já que na justiça, assim como na política, não há espaço vazio, isto é, sempre há alguém, com algum interesse, para ocupá-lo.

Sobre isso, acevera Daniel Sarmiento:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (Sarmiento, 2007, p. 14)

Outro ponto de preocupação quando se fala em ativismo, certamente está no abalo do equilíbrio entre os poderes da República, notadamente Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, o ativismo dos magistrados pode acabar por apequenar as atividades legislativas e executivas, afinal, o sistema jurídico brasileiro permite que o magistrado, através de um ato monocrático, anule, condene ou desfaça muitos atos dos demais poderes e ainda acaba por possibilitar que algum magistrado se coloque em um pedestal intocável e que de certa maneira inibe até seus pares de criticá-lo e inclusive de depor algum de seus atos monocráticos. Tal situação é diametralmente oposta àquilo que se espera do Poder Judiciário, segundo Luis Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF):

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa,

aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (Barroso, 2008, p. 4)

Nessa linha, é clara e manifesta a prejudicialidade do Ativismo Judicial quando definido como “invasão de fronteiras” dos demais poderes, seja legislando deliberadamente ou ordenando cumprimento de ordens ou derrubando ações do executivo fora do rol de autorizações da Constituição Federal de 1988. Aqui está, porém, o grande problema: de certa forma, a própria Carta Magna dá margem para que magistrados atuem de maneira deliberada e ativista.

Em um ambiente tão subjetivo, o individualismo impera como condição para barrar ou acelerar o Ativismo. Nas palavras de Lyle Rossiter:

As regras necessárias para assegurar tanto a liberdade como a ordem são os imperativos morais do individualismo ocidental, especialmente aqueles que proíbem a violência, o roubo e a fraude. A partir dessas regras é gerado um conjunto de direitos que define certos domínios da liberdade e certas obrigações corolárias que limitam o que os seres humanos podem fazer uns aos outros. Instituições criadas para proteger esses direitos e forçar essas obrigações dão origem a um sistema de justiça organizado sob um governo da lei. Então, e somente então, o impulso humano por realização pessoal pode ser coordenado com a necessidade humana da cooperação. Uma sociedade assim concebida permite que a disposição inata para a autonomia seja reconciliada com a disposição inata para a reciprocidade. Validada pelos registros históricos de experimentos com arranjos sociais, esta concepção de sociedade humana demanda a genialidade do experimento americano original do governo libertário. (Rossiter, 2016, p. 377)

Rossiter então, acaba por esclarecer que o individualismo e seus aspectos éticos e morais, servem tanto para definir o que é direito e dever, quando para exigir, ou não, punições para o descumprimento do acordo. Ora, as palavras do psiquiatra se amoldam como luvas às mãos, ao conceito de Neoconstitucionalismo supra apresentado.

Feita a análise do equilíbrio democrático em face da justiça social, tem-se o necessário para partir para a busca da resposta que motivou o presente trabalho. Necessário lembrar: Como o Neoconstitucionalismo pode ter impulsionado o protagonismo do Poder Judiciário brasileiro?

O Neoconstitucionalismo como propulsor do protagonismo judiciário.

Nessa toada, o Ativismo Judicial tem origem no direito estadunidense e nasceu como uma necessidade de atuação do judiciário norte-americano sobre os atos dos poderes executivo e legislativo, nos chamados *judicial review* - controle judicial e *judicial self-restraint* – autocontenção judicial (Abboud, 2016), a considerar a abreviada e abstrata constituição americana.

A realidade brasileira é diferente, a saber que a Constituição da República de 1988 (Brasil, 1988) nada tem de sucinta, mas os últimos acontecimentos políticos do país parecem ter feito o judiciário brasileiro convergir, de modo perigoso, para o mesmo caminho trilhado pela sociedade norte-americana. Sobre isso, enfatizam Gilmar Mendes e Georges Abboud:

No atual mundo jurídico brasileiro, poucas palavras têm sido alvo de tanta confusão como estas duas: “ativismo judicial”. A consequência dessa

poluição semântica é tão simples quanto tenebrosa: o obscurecimento total sobre o fenômeno que elas buscam designar. A falta de clareza é tal que, hoje em dia, tanto a direita como a esquerda utilizam a expressão para explicar posturas judiciais diametralmente opostas. Frise-se não há nada de novo nesse tipo de conflito. Nos EUA, as polêmicas sobre o termo também se desenvolvem a partir de forte embate ideológico entre Democratas e Republicanos. (Abboud; Mendes, 2019, p. 1).

A Constituição da República Brasileira (Brasil, 1988), com traços garantistas, surgiu com o objetivo justamente de garantir direitos básicos, a exemplo do devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e tantos outros que até aquele momento, a saber, anteriormente à Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), estavam, em maior ou menor grau, suprimidos, ou desvinculados da sociedade, sobretudo durante o governo militar (1964 a 1985).

Nesse ponto se faz necessário lembrar a dualidade *civil law x common law*, notadamente a primeira preponderante no ordenamento jurídico brasileiro e a segunda marcante no sistema norte-americano.

Notemos a relação com os princípios constitucionais, segundo Marinoni:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais (Marinoni, 2014, p. 52-53).

Assim, apesar do objetivo garantista da Constituição brasileira (Brasil, 1988), esta mostra-se com elenco vasto de possibilidades, colocando na pauta do argumentador o poder de dizer o que é e o que não é direito ou dever. Ainda, e o que pode ser pior, disponibilizou a poucos – sabidamente os integrantes do Poder Judiciário – a chave do comando da vida civil, a considerar que, aos olhos de alguns, magistrados e Tribunais, dadas as possíveis incongruências dos próprios dispositivos constitucionais, veem possibilidade de interferência ex officio, nas decisões dos eleitores de forma geral, por meio de invalidações de atos legislativos ou executivos.

Complementando tal entendimento, Ruy Nestor Bastos Mello nos diz:

Aliado a tal aspecto, e em razão da ineficiência dos Poderes constituídos primordialmente ao cumprimento desses encargos – o Legislativo, na elaboração das normas necessárias à implementação dos direitos; e o Executivo, na prestação dos bens e serviços –, o Judiciário passou a se arvorar, influenciado pelo neoconstitucionalismo, como o único legitimado a concretizar os direitos estatuídos na Constituição, proferindo, às vezes, decisões que fogem aos contornos da moldura de competências definida pelo Constituinte (Bastos Mello, 2021, p. 175)

Pelo exposto, de maneira propedêutica, percebe-se que o Ativismo Judicial brasileiro apresenta-se com roupagem diversa daquela estadunidense, não sendo uma necessidade genuína ocasionada pela deficiência constitucional, mas uma verdadeira gama de possibilidades interpretativas e certa vacuidade de segurança jurídica, gerando não uma obrigação jurisdicional, mas uma prejudicial discricionariedade do julgador, que decide à revelia do dispositivo constitucional e da legislação pátria em geral, baseando-se no seu próprio “senso de justiça”.

No entanto, como último esclarecimento antes de partir para a identificação

da relação entre o Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial brasileiro, necessário se faz apresentar as palavras de Georges Abboud e Gilmar Mendes para o contexto:

Nessa perspectiva, não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contra majoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção. (Abboud; Mendes, 2019, p. 3).

Nesse diapasão, o Neoconstitucionalismo, contrariando sua própria acepção, acaba por possibilitar esse “tipo” de Ativismo Judicial, ou seja, sob a alegação de atendimento a princípios fundamentais, o magistrado desfigura o dispositivo legal e profere sua decisão com base em sua própria subjetividade, afastando-se dos limites constitucionais que conformam a teoria da decisão (Abboud; Mendes, 2019).

Corroborando esta ideia, interpretaram Rodolfo Marques Costa e Gustavo Henrique Mattos Voltolini:

O que caracteriza o ativismo judicial brasileiro é o fato de o Judiciário passar a atuar fora das suas atribuições constitucionais ao fazer a vez do Legislativo principalmente, gerando uma crise de legitimidade na democracia nacional. Nessa senda, é de enorme risco a visão obtusa de que o direito é aquilo que os tribunais superiores dizem que ele o é. Esse raciocínio resgata uma forma autoritária porque exclui as dimensões doutrinárias, hermenêuticas e legislativas do fenômeno jurídico; o direito não pode ser identificado como sendo os pronunciamentos dos tribunais superiores. Não é exagero se dizer que, já há algumas décadas, nossos tribunais superiores pendularmente atuam ora pela letra rígida da lei, ora por seus próprios conceitos subjetivos, em prática que se constitui, na verdade, em *juristocracia* (o governo do Judiciário). (Costa; Voltolini, 2017, p. 500)

Dessa forma, Ativismo Judicial da forma como se apresenta no Brasil, não só é uma versão adaptada da estadunidense, como também é uma interpretação para o mal, ou seja, o ativismo judicial aqui, em sentido macro, é aplicado para uma invasão de competência do legislativo e do executivo, pelo judiciário.

Na interpretação de Costa e Voltolini:

(...)desde já afirmando que, aqui, o que se tem por ativismo judicial, ao contrário do que se tem no hemisfério norte, é uma maléfica discricionariedade judicial através da qual o julgador pátrio suspende e/ou substitui a Constituição e as leis brasileiras por sua própria subjetividade, em prática totalmente desvirtuada do real objetivo do instituto. (Costa; Voltolini, 2017, p. 494)

Nesse contexto, o judiciário brasileiro tem conduzido o país, de forma perigosa, para um cenário de insegurança jurídica, desconfiança na justiça e descontentamento com a organização democrática, isto é, levanto o país, a passos largos, para muito distante daquilo que se espera de um país com democracia jovem, porém pujante, e com oportunidades já vivenciadas e desperdiçadas por muitos países, as quais estão à disposição não por muito tempo.

Considerações Finais

Pelo exposto, objetivando entender como o Neoconstitucionalismo pode ter sido o grande propulsor do ativismo judicial brasileiro, após esclarecer os conceitos básicos e necessários para estabelecer uma ligação entre as manifestações ativistas do judiciário brasileiro e as diretrizes constitucionais da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), que tem raízes no Neoconstitucionalismo, fez-se um paralelo entre as manifestações chamadas ativistas do judiciário brasileiro e aquelas também assim denominadas dentro do ordenamento jurídico estadunidense e pode-se concluir que verdadeiramente o que é identificado como ativismo das cortes norteamericanas nada tem a ver com os atos dos magistrados brasileiros.

O ativismo dentro das cortes da maior democracia do mundo é muito mais uma necessidade de revisão de decisões dos próprios tribunais e também de autoconexão dos magistrados do que os atos mal comparados dos julgadores brasileiros, que não só não se autoregulam, como também não revisam decisões passadas com amparo na Lei. Na verdade, o que fazem os juizes brasileiros, notadamente aqueles a quem se chama de ativista, é agir de forma individualista, sentenciando com base em interesses individuais ou de um coletivo selecionado, ou ainda com base no próprio ego.

Uma questão de suma importancia diferencia as duas situações supra citadas: A fundamentação das decisões judiciais. Em uma, a fundamentação de cada intervenção está contida em um dispositivo legal direto, direcionador e poucas vezes questionável. Em outra, a justificativa está sempre na justiça social, isto é, em algum direito ou prerrogativa fundamental que houveram sido ameaçados, mas com uma interpretação abstrada e eivada de contradições e multiplos sentidos, que fazem com que a mesma disposição aceite hermenêuticas opostas, variadas e que dependerão sempre do individualismo do julgador, muito mais do que da Lei propriamente dita.

Nesse ponto, confirma-se então o que fora suposto para dar impulso ao presente estudo, justamente por encontrar a resposta para o porquê de manifestações com objetivos claramente tão distintos, ocorridas nos Estados Unidos e no Brasil, serem igualmente denominadas de Ativistas: As bases constitucionais. Enquanto a constituição norte-americana é consisa e norteadora da segurança individual e coletiva dos cidadãos, com diretrizes objetivas e bem definidas, a Carta Maior do Brasil é extensa e cheia de possibilidades interpretativas que blindam os julgadores de qualquer punição, afinal para (quase) tudo há sim uma explicação que, por mais esdrúxula que possa parecer, encontra alguma palavra, depois de alguma vírgula colocada no lugar exato, de algum artigo constitucional, que lhe dá suporte, e se esse suporte for pouco resistente, certamente ele será reforçado pelos interesses e personagens políticos.

Em conclusão, o Ativismo Judicial brasileiro reflete a pior das versões de atuação dos juizes e tribunais, a saber que o julgador ultrapassa os limites legais e impõe sua propria convicção e interesses, gerando insegurança jurídica e descredibilidade das instituições, e fazendo com que, na prática, o país seja comandado por indivíduos que não foram escolhidos ou eleitos pelo povo, mas sim colocados em seus postos grande parte por interesses políticos, sobretudo no caso dos tribunais superiores.

Referências

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. 1650 p.
- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. Revista dos Tribunais: RT 1008. Out. 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ABBOUD Georges, **Ativismo Judicial: Os Perigos de se Transformar o STF em Inimigo Ficcional**, 1. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 111.
- ABBOUD Georges; LUNELLI Guilherme. **Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo**, Revista de Processo, vol. 242 2015: Revista dos Tribunais online, 2015, p. 27.
- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed. RT, 2014
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Quaestio Iuris, vol. 2. n.1, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 21 set. 2023
- BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática** Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em 25 set. 2023
- BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 28 set. 2023.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 05 abr. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-proposito-do-ativismo-judicial-super-poder-judiciario/>. Acesso em 21 set. 2023.
- COSTA, Rodolfo Marques; VOLTOLINI, Gustavo Henrique Mattos. **Os perigos do ativismo judicial brasileiro de acordo com Georges Abboud**. Anais do V

Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 5, p. 485-505, out. 2017

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52 e 53.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Filosofia para corajosos: pense com a própria cabeça**. São Paulo: Planeta, 2016. 189 p.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. Seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000

ROSSITER, Lyle H. **A mente esquerdista: as causas psicológicas da loucura política**. Campinas: Vide Editorial, 2016. 499 p. Tradução de: Flávio Quintela.

BASTOS MELLO, Ruy Nestor. **O Ativismo Judicial do STF em face do Legislativo: Identificação de Limites da Jurisdição Constitucional e Análise Crítica de Decisões sobre a Reforma Política**. Disponível em: <https://aje.treba.jus.br/pluginfile.php/17912/mod_label/intro/7o-ativismo-judicial-do-stf.pdf>. Acesso em: 29 set. 2023

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.