

## A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DEFENDIDA POR KONRAD HESSE COMO ABERTURA PARA OS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

*Civana Silveira Ribeiro<sup>1</sup>*  
*Ana Paula Pinto da Rocha<sup>2</sup>*

**Resumo:** As Constituições foram se modificando na esteira da evolução do próprio Estado e, com a conformação do Estado Democrático de Direito passaram a incorporar valores e princípios, que passaram a garantir sua força normativa, o que já era defendido por Konrad Hesse, em 1959. Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, desencadeou-se a ascensão institucional do Poder Judiciário, órgão encarregado de sua defesa e dos direitos fundamentais, que passou a desempenhar um papel mais atuante, ocupando muitas vezes, o espaço reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, o que culminou na expressiva judicialização da política e deu origem ao fenômeno do ativismo judicial.

**Palavras-chave :** Força normativa da Constituição – Konrad Hesse – Judicialização – Ativismo Judicial

**Abstract:** The Constitutions have been modified according to the evolution of the State and, with the conformation of the Democratic State of Law, began to incorporate values and principles, these began to ensure their normative force, which it was already defended by Konrad Hesse, in 1959. With the acknowledgment of normative force of the Constitution, it triggered the institutional rise of the Judiciary, the body responsible for its defense and fundamental rights, which came to play a more active role, often occupying the space reserved for the Legislative and Executive, which resulted in significant judicialization of politics and gave rise to the phenomenon of judicial activism.

**Keywords:** Constitution's normative force – Konrad Hesse – Judicialization –Judicial Activism

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa: "Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do amicus curiae como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil", **vinculado e financiado pelo CNPQ** e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha. Advogada. E-mail: civana@rosulonline.com.br.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Empresarial e Tributário pela Faculdade de Direito de Santa Maria - Fadisma e em Direito Processual Civil pela Universidade da Região da Campanha -URCAMP. Membro do Grupo de Pesquisa "Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado" e o "Direito de Autor", ambos coordenados pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. É Advogada atuante.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Estado Constitucional sofreu várias alterações até a sua conformação como Estado Democrático de Direito, alterando-se, também, nos distintos momentos, a noção de Constituição, até que fosse reconhecida como norma jurídica, com caráter imperativo e cujos comandos podem ser protegidos judicialmente no caso de serem desrespeitados.

Diante deste novo contexto o Poder Judiciário passou a ocupar uma posição de destaque na sociedade, decidindo sobre questões fundamentais, que até então eram reservadas as instâncias políticas tradicionais ( Legislativo e Executivo).

Neste trabalho pretende-se demonstrar, como o reconhecimento da força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse, que pressupõe a necessidade de agregar o texto constitucional e os valores, culmina na expressiva judicialização das questões políticas e abre caminhos para o fenômeno do ativismo judicial.

Para abordar esta questão, inicialmente apresenta-se algumas considerações sobre a evolução do Estado e do papel desempenhado pela Constituição nestes distintos momentos.

Na sequência, será explorada a tese de Konrad Hesse, apresentada em 1959, para combater as concepções constitucionais mais tradicionais que não atribuíam o devido valor a Lei Maior, especialmente a teoria de Ferdinand Lassalle, intitulada “A essência da Constituição”.

Por fim, analisa-se os principais aspectos da judicialização e do ativismo judicial, suas origens, conceitos, críticas e questões relevantes para melhor compreensão dos fenômenos.

## **2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**

O Estado Constitucional foi se modificando de acordo com a evolução da própria sociedade e do aumento da noção de Constituição e dos direitos fundamentais.

Os conteúdos das Constituições não são uniformes no que se refere ao que cada uma delas considera como Direitos Fundamentais. Assim, referidos

direitos não possuem uma "origem única" e decorrem de diferentes momentos históricos. ( MACHADO, 2011, p. 85)

O Estado Liberal<sup>3</sup>, motivado pelos interesses da burguesia e como revelação do processo de racionalização do poder caracteriza-se pela limitação das atividades e do poder estatal ( BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19 e 40) . Os direitos do indivíduo apresentam-se como uma limitação aos objetivos e as tarefas do Estado e a separação dos poderes é entendida como uma distribuição de competências estatais e nunca deve ameaçar esta unidade de poder.

Este modelo, que parte do "pressuposto que o homem é anterior ao Estado, isto é, a partir da compreensão de que ele é o seu fundamento", traz uma inversão na perspectiva da garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado que passa a ser conduzido pelo princípio da distribuição e pelo princípio da organização. De acordo com o primeiro princípio, verifica-se uma intervenção mínima do Estado e uma ampla liberdade dos cidadãos, o que contrapõe a noção de esfera pública e esfera privada, que apresentam-se como dois pólos paralelos e independentes. Todas as relações sociais precisam fazer parte de somente uma destas esferas que não podem intervir no âmbito da outra. O segundo, é o responsável pela procedência do Princípio da separação dos poderes, forma ideal para por em prática o princípio da distribuição, e determina que o poder se divide em competências limitadas, estimulando a limitação da atuação estatal. (LEAL, 2007, p. 8-10)

Neste cenário surge a ideia de Constituição e de sua superioridade hierárquica em relação às demais normas, aparecendo como um documento jurídico que tem como principal objetivo impor limites a atuação estatal e garantir os direitos

---

<sup>3</sup>Nesse sentido, reforça GERVASONI (2011, p. 16-17): "Na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, inclusive, pode-se notar que a soberania do monarca foi substituída pela soberania da lei, apoiada e sustentada pela soberania da nação, representada por sua vez, pela Assembléia, que enquanto representativa da vontade geral da soberania do povo passa a ser um espaço destacado de atuação, caracterizando-se o Legislativo como órgão privilegiado desta nova estrutura de poder. Sustenta-se que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito, afastando-se de uma simplista formulação como Estado legal, pois pressupõe não apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em determinados conteúdos. A partir, disso, como liberal. O Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, orientando-se pela limitação estatal e tendo a lei como ordenação geral abstrata, cuja efetividade normativa é garantida, genericamente, através da imposição de sanções diante de eventuais atitudes desconformes com a hipótese normativa".

individuais negativos<sup>4</sup> do cidadão (LEAL, 2007, p. 29).

Conforme afirmam Streck e Moraes (2012, p. 96)

a nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, “como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. [...] a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva”

As Constituições eram documentos sucintos, decorrentes da indiferença ao conteúdo das relações sociais e, como não podiam evitar o Estado, conservavam a sociedade imune as iniciativas privatistas. Desta forma, estabeleciam a estrutura básica do Estado, considerando a Sociedade de indivíduos e não de grupos e focando nas relações do Estado com os indivíduos a essência dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2002, p. 203-204).

No Welfare State as atividades do Estado não se limitam mais ao “mínimo possível” e passam a garantir os direitos fundamentais na sociedade civil. (CAMBI, 2011, p. 178)

Na verdade não houve uma transformação profunda no sistema capaz de ocasionar uma ruptura com a estrutura do sistema anterior, que conserva, inclusive, o seu núcleo básico intocável, e sim, um ajuste para superar os seus efeitos negativos, acrescentando ao ideário liberal a questão social e um novo entendimento do princípio da igualdade, convertendo-o num elemento material que só pode ser concretizado mediante a igualdade social.

Passa-se a ter um novo conceito do princípio da igualdade, “que deixa de ser compreendido meramente sob a perspectiva formal para converter-se em elemento material, isto é, ele não se entende mais realizável senão mediante a igualdade social, o que quer dizer que a igualdade não se dá tão somente perante a lei, mas fundamentalmente, através dela” (LEAL, 2007, p. 31).

Os textos constitucionais passam a contemplar novos direitos que visem assegurar uma real igualdade, incorporando uma nova função, servindo de guia para “governo e governados”. Deixam de disciplinar somente o poder estatal e os direitos

---

<sup>4</sup> “A liberdade negativa ou liberdade-imunidade é um predicado da ação. É a área dentro da qual uma pessoa pode agir sem ser impedida, constrangida ou obstaculizada por outras pessoas. É o direito de fazer tudo que a lei lhe permite. Abrange todo impedimento natural ou social ao exercício do direito” (CAMBI, 2011, p. 174).

individuais e passam a ter uma abrangência bem mais ampla, alcançando o poder estatal, a sociedade e o indivíduo em todas as suas relações. (LEAL, 2007, p. 30-34)

Neste contexto,

A Constituição do Estado social não é pois, um simples registro das relações de poder vigentes no momento constituinte, assumindo antes, uma estrutura programática, compreendendo sempre um elemento de “utopia concreta” cuja realização é dependente de ação política. (LEAL, 2003, p. 17)

Ao assumir esta estrutura programática<sup>5</sup>, a Constituição do Estado Social passa a ser “eminentemente política” e esvaziou, de alguma forma, o conceito jurídico, elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e do positivismo, que reconheciam a Constituição como documento legal dotado de plena normatividade. Assim, a questão da eficácia das normas constitucionais volta a ser discutida, tendo como objetivo principal conciliar o âmbito jurídico e o político. (LEAL, 2009. p. 36)

Neste contexto, surgem preocupações com o resgate e a revalorização da normatividade do texto constitucional para que a mesma tivesse “uma natureza mais autoaplicável e imediata, retirando a concepção restrita sobre os direitos fundamentais”, permitindo a evolução da teoria constitucional e uma valorização dos princípios constitucionais, equiparando-os e até mesmo elevando-os em relação as demais regras, o que propiciou o surgimento do Estado Democrático de Direito. (MAAS, 2011, p. 27)

Assim, acrescentam-se novas características aos Estados anteriores, imprimindo novas feições a questão da igualdade, que deve ser assegurada, juridicamente, pelo Estado, a todos os cidadãos e a coletividade. A Constituição aparece como um instrumento fundamental de garantia jurídica e a legalidade visa garantir a efetiva concretização da igualdade, “não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade”. (SCHINCARIOL, 2008, p. 15 )

Estabelece-se a noção da força normativa da Constituição, ou seja, de que a mesma é “uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem

---

<sup>5</sup> Conforme BONAVIDES, 2002, p. 222, “Programáticas são as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim, obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limites deste”.



ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados.” (SARMENTO, 2004, p. 70)

Destarte, deixa de ser compreendida simplesmente como instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado ( período liberal clássico), ou meramente como mecanismo de orientação política ( constitucionalismo social) e passou a ser considerada como

expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado democrático de Direito” (LEAL, 2007, p. 54)

Assim, a Constituição deixa de ser vista, basicamente, como um documento político, cujas normas eram dependentes de uma ato do legislador ou do administrador, ou seja, não eram aplicáveis diretamente e passa a ser o fundamento de validade de todas as demais normas. Foi colocada no ápice do ordenamento jurídico e, além de reger o modo de produção das leis e atos normativos, estabelece determinados limites para o seu conteúdo e impõe deveres de atuação ao Estado. (BARROSO, 2012, p. 365).

Percebe-se, pois, que esta noção de Constituição como norma jurídica, com caráter imperativo, “cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados”, é resultado de um longo processo, que mesclou diferentes ideais e a apresentação de diferentes teorias até que se chegasse a este momento de reconhecimento da força normativa da Constituição.

### **3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE KONRAD HESSE**

A tese de Konrad Hesse é um marco do Direito Constitucional Moderno, tendo se originado em contraposição às reflexões desenvolvidas por Ferdinand Lassale, em uma conferência proferida em 16 de abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim, sobre a essência da Constituição.

Para Lassale (2013, p. 46) “ a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social [...]”.

De acordo com suas idéias, uma Constituição escrita só pode ser considerada

boa e duradoura quando “corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país”. Caso contrário, não passará de uma mera “folha de papel” .( LASSALE, 2013, p. 37)

Discordando desta posição, Hesse esboçou sua teoria que parte da idéia de que existe um “condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”, ambas merecem relevância e não podem ser consideradas de forma isolada. (HESSE, 1991, p. 13)

Não se pode mais conceber, como ocorria no passado, um isolamento entre norma e realidade, característica do positivismo jurídico.

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) [...] leva quase que inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elementos da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. (HESSE, 1991, p. 13)

Para que este processo de aproximação entre a Constituição e a realidade tenha êxito, todos os membros da sociedade devem participar, pois ela consiste num produto cultural na medida em que é dinâmica, retratando os anseios de um povo, suas esperanças e seu legado cultural. Desta forma,

*Constitución* no significa única y exclusivamente ordenamiento jurídico para juristas, que éstos han de interpretar siguiendo las viejas y también las más modernas reglas exegéticas de su arte, sino que igualmente sirve de hilo conductor para todo ciudadano, lego encunto a la ciencia se refiere. La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (HABERLE, 2000, p. 34)

Não obstante, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”, já que a sua essência reside em sua vigência, pois a “situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. ( HESSE, 1991, p. 14)

Desta forma, a Constituição não retrata apenas “expressão de um ser, mas também de um dever ser”, não se limitando a refletir as condições fáticas de sua vigência, especialmente as forças sociais e políticas. “

Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação à ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições políticas e

econômicas. (HESSE, 1991, p. 15)

A Constituição sofre sim a influência da realidade pois ela é aplicada por seres humanos, que vivem em uma comunidade, “partilhando dos seus valores e tradições”, mas ela tem uma pretensão de eficácia, pois pretende “ordenar o fato social e a influir sobre ele”. (SARMENTO, 2004, p. 75,76)

A “Constituição real” e a “Constituição jurídica” estão dispostas de forma harmônica

Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (HESSE, 1992, p. 15-16)

A força vital e a eficácia da Constituição resultam da sua ligação “às forças espontâneas e as tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”, mas isto não é suficiente para que adquira força normativa. Mesmo que não tenha como realizar nada, por si só, pode impor tarefas, que a transformam em força ativa, se forem efetivamente realizadas,

se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. [...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral [...] não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição. ( HESSE, 1991, p 19)

Em razão desta estreita conexão entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade, o Direito Constitucional, para não perder seu objeto , deve ter muito presente esse “condicionamento de normatividade”. Por isso tem que esclarecer “as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”. (HESSE, 1991, p. 27)

O Direito Constitucional tem, então, a missão de “realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição”, que sem dúvidas é a maior garantia de sua força normativa. (HESSE, 1991, p. 27).



Desta forma, destaca-se a relevância da tese desenvolvida por Konrad Hesse, notadamente no Brasil, que tem um ordenamento alicerçado

“sobre uma Constituição fundada sobre princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito e que conta com um capítulo generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social [...] (SARMENTO, p. 76)

Em razão desta força normativa da Constituição, os seus efeitos irradiaram-se sobre todo o ordenamento infraconstitucional, através dos valores e dos princípios constitucionais dando origem ao fenômeno da Constitucionalização do direito.

Neste cenário, a justiça constitucional, através da jurisdição constitucional, passa a ser responsável pela instrumentalização dos valores constitucionais e a verificação da conformidade ou não das leis ao texto constitucional, o que implica em um grande destaque no papel de atuação do Poder Judiciário.

Destarte, passa a existir uma preocupação para não deixar a Constituição submetida a livre vontade do legislador e as decisões sobre as questões constitucionais passam a ser de responsabilidade do Judiciário, já que a principal preocupação da nova ordem jurídica reside na concretização dos direitos fundamentais, o que atribui extrema relevância ao controle judicial, de constitucionalidade. Nessa perspectiva a “Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto”. (GERVASONI, 2011, p. 25)

Dada a relevância da concretização dos direitos fundamentais o poder Judiciário passa a exercer um importante papel em relação ao controle de constitucionalidade, o que lhe coloca em uma posição de protagonismo em relação aos demais poderes. Conforme esclarece Leal (2011, p. 86)

justamente em virtude desses aspectos, isto é da característica de se ter a base de todo o direito assentada nos direitos fundamentais – vinculando e condicionando, a partir do fenômeno que se convencionou chamar de constitucionalização do direito, a partir de sua eficácia vertical (Austrahlungswirkung) e horizontal (Drittwirkung) contra terceiros, é que a Jurisdição Constitucional ganha relevo, enquanto instância privilegiada de garantia das normas constitucionais.

Com este fortalecimento da Constituição e reconhecimento de sua superioridade , é natural que a jurisdição constitucional que designa a sua interpretação e aplicação por órgãos judiciais assumam um novo papel e passe a atuar de forma ativa, assegurando a Constituição, concretude normativa, principalmente para as normas constitucionais programáticas.” É um instrumento indispensável para a realização do Estado Democrático de Direito, consistindo na função estatal responsável pela concretização dos mandamentos constitucionais, permitindo que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática, revelando a vontade de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do abrandamento de sua força normativa. (AGRA, 2005, p. 20)

Com este fortalecimento da Constituição e reconhecimento de sua superioridade , é natural que a jurisdição constitucional que designa a sua interpretação e aplicação por órgãos judiciais assumam um novo papel e passe a atuar de forma ativa, assegurando a Constituição, concretude normativa, principalmente para as normas constitucionais programáticas.” É um instrumento indispensável para a realização do Estado Democrático de Direito, consistindo na função estatal responsável pela concretização dos mandamentos constitucionais, permitindo que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática, revelando a vontade de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do abrandamento de sua força normativa. (AGRA, 2005, p. 20)

Cabe ao Poder Judiciário zelar pela integridade e a eficácia dos fins do Estado, controlando as atividades dos demais poderes que possam impedir a concretização dos direitos fundamentais. Com isso sua atividade vai além da tarefa de subsunção do fato à letra da lei, tendo a responsabilidade de “examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados [...]” ( CAMBI, 2011, p. 195).

Para tanto, os juízes não ficam dependentes da estrita legalidade para garantirem a efetivação dos direitos fundamentais. E como os valores e princípios constitucionais permitem uma grande abertura de interpretação, surgem muitas discussões acerca dos riscos de “transformar a desneutralização política do

Judiciário no indesejável governo dos juízes.” (CAMBI, 2011, p. 195).

Desta forma, diante da força normativa da Constituição e da indeterminação de seus conceitos, que ampliam, substancialmente, as possibilidades de interpretação, ganham destaque os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Assim, com a edificação do Estado Democrático de Direito, o Judiciário e, em especial, a jurisdição constitucional, ganhou destaque com a crescente participação nas decisões de cunho político de grande repercussão nacional, surgindo assim os fenômenos da judicialização da política e o ativismo judicial.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é um fenômeno bastante complexo que ganha força, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, quando a política passou a se confundir com o direito diante da amplitude de conteúdos abrangidos pela Carta Magna, alargando, também, as margens interpretativas da jurisdição constitucional. Ocorre quando “questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição”. (FILHO, 2010, p.2)

Assim, pode-se afirmar que, na judicialização da política, há uma certa transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário, conforme destaca Barroso (2012, p. 2) :

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política social estão sendo decididas por Órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da república, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro [...]

Desta forma, a judicialização é derivada de um processo histórico inerente ao constitucionalismo democrático, baseada em distintos fatores. Sua característica central reside no protagonismo do Poder Judiciário que passa a decidir sobre questões fundamentais da sociedade, que até então eram reservadas as instâncias políticas tradicionais ( Legislativo e Executivo), fazendo com que “El derecho se

convierta, cada vez más, em um derecho judicial, construído, em el caso concreto, por los magistrados.” (LEAL, 2012,p. 38)

O fenômeno, que se caracteriza por uma transferência de poder para juízes e tribunais, tem várias causas, e para se consolidar depende de um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias.(VALLE, 2009, p. 32-33)

A promulgação da Constituição de 1988, ponto central da redemocratização do país, com a inserção de matéria novas no seu âmbito, que antes eram reservadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, e, a grande abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade são fatores que justificam a judicialização no Brasil: (BARROSO,2012, p. 2-3)

Outro conceito igualmente importante para a compreensão do grande destaque do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, nos dias atuais, é o de ativismo judicial.

Embora o fenômeno da judicialização tenha muitos aspectos em comum com o ativismo eles, não devem ser confundidos. Com efeito, Barroso (2012, p. 6) assim se refere:

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.

A judicialização no Brasil é *um fato, e não um exercício deliberado de vontade política*, é uma conseqüência que deriva do modelo constitucional adotado. Diante da inércia legislativa a única alternativa do Judiciário é agir. Já o *ativismo* é *uma atitude*.(BARROSO, 2012, p. 5)

O termo ativismo é empregado no âmbito da Ciência do Direito para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica. Já vem sendo tratado com olhares diferentes há muito tempo, mas em termos de conceito mais genérico, pode ser associado a ideia de transformação “normativa e social pela via de solução de casos concretos pelo Judiciário”. (LEAL, R. G., 2011, p. 1)

Caracteriza por uma participação mais destacada do Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, interferindo na esfera de atuação dos demais poderes e manifestando-se através de diferentes práticas, tais como: a aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamente em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do poder legislativo baseada em critérios mais flexíveis de violação da Constituição; a determinação de comportamentos ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, 2012, p. 5)

No panorama atual, verifica-se “tribunais que interferem e decidem, dentre outras coisas, sobre políticas públicas e sobre quais os direitos devem prevalecer sobre outros em casos de conflitos, o que conduz ao que se convencionou chamar de ‘ativismo judicial.’” (LEAL, 2011, p. 240)

Na doutrina podemos verificar a percepção do fenômeno ativista por Cittadino (2002, p. 17), no trecho a seguir transcrito:

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

Essa posição dinâmica na apreciação de temas de alta repercussão por parte do Judiciário surge como uma necessidade para a proteção aos direitos fundamentais.

O próprio ambiente democrático despertou a cidadania, permitindo a conscientização da população acerca de seus direitos e facilitando o acesso a Justiça na busca da concretização de seus interesses.

Desta forma, o Judiciário está muitas vezes exercendo o papel do Poder



Legislativo que não atendeu as demandas sociais, às vezes até mesmo por medo de se comprometer com uma posição. Neste sentido Monteiro (2010, p. 168), enfatiza: “Fato é que o sistema político-brasileiro requer, nos termos do artigo 2º da Constituição, os três poderes afinados entre si, independentes e harmônicos. Portanto, se um dos três poderes não exerce o seu papel, compete aos outros suprir sua falta”.

Na verdade, não se caracteriza uma invasão, pois não se admite mais aquele modelo de separação defendido pela doutrina liberal do século XIX que sustentava a rígida tripartição e que não serve para os tempos modernos, frente aos novos valores sociais.

A legislação infraconstitucional também deixa muito a desejar, possui muitas falhas e omissões e diante disto o Supremo Tribunal Federal tem que se pronunciar.

Assim, o ativismo em tempos atuais é um instrumento necessário para a sociedade moderna. Sua função pretende desde permitir a concretização dos direitos fundamentais até distribuir justiça social. Na lição de Monteiro (2010, p. 169-170)

[...] o ativismo fornece: a) a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagra uma nova importância ao constitucionalismo; c) realça os reais valores da Constituição; d) garante acesso ao judiciário; e) preserva e oportuniza o exercício dos direitos e garantias fundamentais; f) amplia as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximiza os direitos em geral; h) efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outros.

Apesar de todos os pontos positivos do ativismo, faz-se necessária a prudência e deve-se analisar também, com cautela, as críticas existentes.

A primeira crítica diz respeito aos riscos para a legitimidade democrática e reporta-se ao fato de os membros do Poder Judiciário não serem agentes públicos eleitos. Não obstante, realizam um poder político, invalidando decisões dos outros poderes, o que é considerado na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.(BARROSO, 2012, p.8)

Contramajoritarismo, então, é a atuação do Poder Judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor.

Na visão de Almeida (2011, p.2):

[...] os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Surge, então, o denominado contramajoritarismo, que é a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor. Os críticos argumentam também que há intromissão do poder judiciário nos demais poderes da república, ferindo de morte o princípio da separação e harmonia entre os poderes, bem como o estado democrático de direito e a democracia.

Outra crítica refere-se ao risco de politização da Justiça, tendo em vista a estreita relação existente entre direito e política o que facilitaria escolhas tendenciosas ou partidarizadas. Os Magistrados amparados pelo “controle difuso” de constitucionalidade passam a efetuar juízos eminentemente políticos. Rosa Júnior (2011, p. 1) assim se posiciona sobre o assunto:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

A terceira é a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, tendo em vista o seu amplo poder de decisão, podendo ocorrer a legitimação da arrogância judicial, mesmo que não seja o órgão mais preparado para proferir a melhor decisão em determinada matéria. O juiz deve avaliar criteriosamente a situação e verificar se realmente é o órgão capaz de produzir a melhor avaliação e decisão naquela matéria. (BARROSO, 2012, p.8)

Destaca-se, ainda, por oportuno, a crítica da atuação do Judiciário como *superego* da sociedade, desenvolvida por Ingeborg Maus e que possui como tema principal a preocupação de uma “*infantilização*” da sociedade, receptiva as decisões judiciais determinadas por um “*pai estatal*”. Teme a autora que, quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social e, esse controle é normal a qualquer órgão ou instituição inserido numa democracia. A questão da ordem

objetiva de valores, é considerada por Maus como um instrumento à disposição do tribunal para disfarçar seu próprio decisionismo, que, ao impor a vinculação das demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada, libera a si próprio, sob o “manto de uma ordem de valores”, de qualquer vinculação às regras constitucionais. Além disso, há uma veneração popular da justiça quase religiosa, o que, somado ao fato de que o tribunal atua com métodos específicos de interpretação constitucional, faz com que ele atue menos como “guardião da constituição” e mais como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autoreferencial. (MAUS, 2000, p.185)

Desta forma, acredita-se que a melhor solução seja alcançar um ponto de equilíbrio. O uso do instituto de forma exacerbada traz sim riscos de se criar um Estado Jurisdicional, em que o Judiciário seja considerado um super poder, comprometendo o Estado de Direito.

Por outro lado, não se pode ignorar a Constituição sob a alegação de que as questões políticas não podem ser enfrentadas pela jurisdição constitucional, pois vivemos em um Estado de Direito, com supremacia de uma Constituição que vincula todos os cidadãos e todos os poderes.

Assim a crescente participação do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, apreciando temas de grande relevância e repercussão social é uma realidade que não pode ser desconsiderada, embora receba aplausos, de alguns, e pesadas críticas de outros.

De qualquer forma, não restam dúvidas de que tanto a judicialização como o ativismo judicial são reflexos diretos do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passou a exigir dos intérpretes uma nova postura, afastando a concepção formalista do método da subsunção, orientando-os a atentarem para as particularidades do caso concreto, pois só assim alcançarão a justiça dignidade humana

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência de todas as transformações narradas no item anterior, verifica-se o surgimento de um novo direito constitucional, que advém de um longo processo histórico intimamente relacionado ao desenvolvimento do próprio Estado.

Assim, no Estado Democrático de Direito, com a ênfase aos direitos humanos e a noção de dignidade humana, a Constituição assume uma função principiológica firmada em dispositivos de textura aberta que permitem uma adequação de seus conteúdos à realidade

O Estado Constitucional sofreu várias alterações até a sua conformação como Estado Democrático de Direito, alterando-se, também, nos distintos momentos, a noção de Constituição, até que fosse reconhecida como norma jurídica, com caráter imperativo e cujos comandos podem ser protegidos judicialmente no caso de serem desrespeitados.

Para combater as concepções constitucionais mais tradicionais que não atribuíam o devido valor a Lei Maior, Konrad Hesse apresentou, em 1959, a sua teoria sobre "A Força Normativa da Constituição", contrapondo-se, diretamente a tese de Ferdinand Lassalle que sustenta que uma Constituição escrita só pode ser considerada boa e duradoura quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país, caso contrário, não passará de uma mera "folha de papel" .

Hesse defende que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, que existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, ambas merecem relevância e não podem ser consideradas de forma isolada.

No Brasil, cujo ordenamento se alicerça em uma Constituição de base principiológica e valores humanitários, comprometida com os direitos fundamentais, torna-se essencial o reconhecimento da força normativa da Lei Maior que deve irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento infraconstitucional. Em razão disso, nos últimos anos ocorreu a ascensão institucional do Judiciário que passou a desempenhar gradativamente um papel mais atuante, desencadeando os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 29 out. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br> .Acesso em: 01 nov. 2013.  
\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed, São Paulo: Saraiva.p. 365.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre El estado de derecho y La Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG,IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Ativismo judicial e política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GERVASONI, Tássia Aparecida. A jurisdição constitucional brasileira entre a judicialização da política e ativismo judicial: a (auto) cimprensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – uma análise teórica e jurisprudencial. 2011. 168 f. Dissertação de Mestrado ( Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, Faustino da Rosa. *O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro*. Disponível em <<http://www.jurisway.org.br>. Acesso em 18 nov. 2013.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Amicus Curiae: Instrumento de abertura e democratização da jurisdição constitucional ou mecanismo judicial de legitimação das decisões? Uma análise de*



*sua função justificadora do recurso Extraordinário n. 597.165/DF. Direitos Sociais e Políticas Públicas desafios Contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul, 2011.*

\_\_\_\_\_. *Amicus curiae, jurisdição constitucional e democracia: Uma análise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro* In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.*

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.*

\_\_\_\_\_. *La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial. In Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. Org. Costa, Marli Marlene Moraes, Leal, Mônia Clarissa Hennig, Tomo 12., EDUNISC, 2012*

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na audiência pública da saúde. In LEAL, R. G.; LEAL, M.C.H. (Org.) *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 .**

\_\_\_\_\_. *Amicus Curiae: instrumento de abertura e democratização da jurisdição constitucional ou mecanismo judicial de legitimação das decisões? Uma análise de sua função justificadora do recurso Extraordinário n. 597.165/DF. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 84*

LEAL, Rogério Gesta. *As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, R. G.; LEAL, M.C.H. (Org.) *Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.**

MAAS, Rosana Helena. *O amicus curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a Lei de Biossegurança. Dissertação de Mestrado ( Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.*

MACHADO, Raimar. *Igualdade, liberdade contratual e exclusão por idade, nas relações de emprego. Porto Alegre: Magister, 2011.*

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: Novos Estudos, n 58. São Paulo: CEBRAP, Novembro de 2000. p. 185.*

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. *Estado de Direito e**

*ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 169-170

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, L. L.; MORAIS, J.L. B. de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 32/33.