

## O Ativismo judicial e a influência do Neoconstitucionalismo

Viviane Bastos Machado\*

*Advogada, mestre em Cognição e Linguagem, UENF, especialista em Direito Constitucional Aplicado, Direito Civil e Processo Civil, e em Ensino à Distância, UFF, professora universitária de direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional Público e Privado, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Nacional de La Plata – Buenos Aires.*

Edson José do Carmo\*

*Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Iguazu, Campus V*

Marlene Soares Freire Germano\*

*Mestre em Educação  
Profª Titular de Filosofia do Direito*

### Resumo

O presente estudo visa abordar o ativismo judicial, conceituando-o, identificando sua finalidade e sua relação com a sociedade, com a Constituição, as leis e o pensamento jurídico vigente. O ativismo judicial é um fenômeno que se manifesta como uma atuação proativa do juiz diante do caso que lhe é apresentado. Esta postura se revela como inovadora na ordem jurídica, pois o julgador, se valendo das normas constitucionais, efetiva as garantias nelas previstas, mesmo quando o legislador é omissivo. Embora existam elogios ao ativismo, há quem o critique de forma veemente, sendo os principais argumentos os referentes à violação da soberania popular e da separação dos poderes. Estudar o fenômeno se mostra, portanto, fundamental para sua compreensão e aplicação pelos operadores de direito.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; judicialização; neoconstitucionalismo; Constituição Federal; Supremo Tribunal Federal.

### Abstract

The present study aims to address judicial activism, conceptualizing it, identifying its purpose and its relationship with society, with the Constitution, the laws and the prevailing legal thought. Judicial activism is a phenomenon that manifests itself as a proactive approach of the judge before the case is presented to him. This attitude reveals itself as an innovator in the legal system, because the judge, taking advantage of constitutional norms, effective safeguards provided therein, even when the legislature is silent. Although there praise the activism, there are those who criticize vehemently, and the main arguments regarding the violation of popular sovereignty and the separation of powers. Studying the phenomenon shows itself, therefore, critical to your understanding and application by law enforcement officers.

**Keywords:** judicial activism, legalization; neoconstitutionalism; Constitution; Supreme Court.

## 1 Introdução

O ativismo judicial é um movimento que vem aumentando com o passar dos anos e, ao mesmo tempo, vem revelando sua importância.

É notável que desde a edição da Constituição de 1988 a sociedade está mais consciente dos seus direitos, e, em consequência, busca no Judiciário uma ajuda para solucionar muitos dos seus problemas. Tal fato pode ser facilmente verificado pelo aumento das demandas a serem apreciados por juízes e desembargadores.

Diante disso, os magistrados não podem deixar agir, bem como manter uma posição de inércia. Cabe a eles, quando provocados, atuar de forma a garantir que os direitos e garantias fundamentais sejam cumpridos, mesmo diante de uma inércia do Poder Legislativo. Assim será possível aproveitar as potencialidades da Carta Maior.

Para que se atendam às necessidades da sociedade e aproveite ao máximo as potencialidades da Constituição, é necessário que o ativismo judicial seja objeto de estudo. Pois sabendo mais do que se trata esse movimento, menor é o risco de que quando colocado em prática, ele interfira na atuação dos demais Poderes. É importante que ele seja bem definido para que não ocorra a intromissão do Poder Judiciário nos demais.

Deste modo, o presente trabalho levará à reflexão sobre se o ativismo judicial deve ser uma postura adotada pelos magistrados e se essa postura seria uma intromissão do Poder Judiciário nos demais Poderes, tendo em vista que essas são as principais polêmicas que envolvem o fenômeno.

## 2 O Ativismo judicial como reflexo do neoconstitucionalismo

Hodiernamente, mesmo em ordenamentos jurídicos onde vige o sistema romano-germânico, de viés positivista, há um espaço para os princípios gerais do direito, que, como cediço, é fonte da ciência jurídica. Neste contexto, há a possibilidade, mesmo com o ideário de supremacia da lei, para o processo de interpretação proativo do magistrado no caso concreto.

Isso se deve também ao fato de que não mais existe nos países democráticos, o sistema francês da *refere législatif*, onde a interpretação de algum texto obscuro da lei deveria ser remetido ao parlamento. Vige, atualmente, a doutrina do controle judicial, a

qual, segundo a conceituação de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, possui três assertivas básicas, quais sejam:

a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país; b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos tratados à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição; c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.<sup>1</sup>

Por tais motivos, bem como pelos já demonstrados anteriormente no presente trabalho, referentes ao crescimento e fortalecimento do Poder Judiciário, com a sua consequente autonomia, surge o fenômeno do ativismo judicial, como protagonista de diversas decisões importantes no cenário jurídico nacional.

Porém, seu surgimento só é possível, sobretudo ao novo sistema vivido em nosso ordenamento constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo, tema este que se revela primordial antes de se adentrar às considerações acerca do ativismo judicial, esforço no qual faremos a seguir.

## 2.1 O neoconstitucionalismo

É importante abordar, de maneira objetiva, as transformações percorridas pelo direito constitucional nas últimas décadas. O professor Luís Roberto Barroso, com o brilhante didatismo que lhe é peculiar, sintetizou os marcos fundamentais do neoconstitucionalismo em três, quais sejam: histórico, filosófico e teórico<sup>2</sup>, em seu artigo *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*. Para melhor análise do fenômeno, o presente trabalho se valerá da divisão tópica feita pelo renomado jurista, esforço que será apresentado a seguir.

### 2.1.1. Marco histórico

A Constituição teve seu papel redefinido, assim como o direito constitucional passou a influenciar as instituições contemporâneas, pela reconstitucionalização, que ocorreu na Europa após a Segunda Guerra Mundial e durante o século XX. Uma nova

---

<sup>1</sup>In Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

<sup>2</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

maneira de se organizar a política se desenvolveu com a aproximação da democracia e das ideias do constitucionalismo, que recebeu a denominação de Estado democrático de direito.

A Constituição alemã, de 1949, (Lei Fundamental de Bonn) e, principalmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instituído em 1951, são as principais referências da propagação do novo direito constitucional.

De igual notoriedade para essa difusão foi a Constituição da Itália, de 1947, com a conseqüente instalação da Corte Constitucional em 1956. Portugal e Espanha também somaram valor à discussão sobre o novo direito constitucional, durante a década de 70, com a sua reconstitucionalização e redemocratização.

No Brasil, o ressurgimento do direito constitucional, assim como na Europa, aconteceu em virtude do ambiente de reconstitucionalização do país, em razão da prévia discussão, elaboração e homologação da Constituição de 1988. Essa Constituição conseguiu realizar com sucesso a transição de um regime intolerante e autoritário para o Estado democrático de direito<sup>3</sup>.

#### 2.1.2. Marco filosófico

O novo direito constitucional tem o pós-positivismo como marco filosófico. Na discussão sobre a caracterização do pós-positivismo, surgem duas correntes de pensamento com paradigmas diversos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.

O jusnaturalismo é uma das correntes filosóficas que acompanham o Direito durante os séculos. Essa corrente tem como fundamento a existência de um direito natural. Tem como ideia basilar o reconhecimento de que existe, na sociedade, uma aglomeração de valores e pretensões humanas legítimas que independe do direito positivo, isto é, não tem origem em uma norma jurídica que provem do Estado. Este direito natural é válido por si só, é legitimado por uma ética superior, e determina limites as normas produzidas pelo Estado<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto, Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Revista de informação legislativa, v.45, nº 179, p. 25-37, jul./set. de 2008.

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto; PERREIRA, Jane dos reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 88.

Mesmo tendo variantes, o direito natural exprime-se de duas formas: a) a de uma lei determinada pela vontade divina; e b) a de uma lei estabelecida pela razão. Percebe-se a formação do jusnaturalismo a partir do século XVI. Essa procurou ultrapassar o dogmatismo medieval e fugir do ambiente teleológico em que se desenvolveu.

O destaque às razões humanas e na natureza, em detrimento à origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e embasamento de uma nova cultura laica, que teve sua consolidação a partir do século XVII.

A convicção de que o homem possui direitos naturais, ou seja, que o Estado deve respeitar e preservar um espaço de integridade e liberdade, impulsionou as revoluções liberais e serviu de fundamento para as doutrinas políticas de caráter individualista que enfrentavam a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão repletas de ideias jusnaturalistas, sob a marcante influência de John Locke, autor adepto dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista.

O jusnaturalismo racionalista esteve novamente ao lado do Iluminismo no período de codificação do Direito, no século XVIII, que teve como maior realização o Código Civil Francês – o Código de Napoleão – o qual entrou em vigor em 1804.

A consolidação das ideias constitucionais, o sucesso do movimento de codificação e o estabelecimento do Estado Liberal demonstraram a vitória do direito natural, o seu auge. Mas, também, representaram a sua superação histórica.

No início do século XIX, os direitos naturais já haviam sido incorporados de forma generalizada aos ordenamentos jurídicos, deixando de representar a revolução e passando a exprimir a conservação. Tido como anticientífico e metafísico, o direito natural foi colocado a margem da história pelo positivismo do século XIX.

O positivismo parte da preposição de que se deve estudar o direito como fenômeno social, sem levar em consideração as observações valorativas que podem ser feitas a respeito<sup>5</sup>. Para os positivistas, a Dogmática Jurídica tem como objeto as normas em vigência em determinado Estado, em determinada época, não importando se elas correspondem ou não ao ideal de justiça desejado por quem as examina.

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995. P. 70.

Metodologicamente, pode-se dizer que o positivismo jurídico equipara-se com a Dogmática Jurídica da Modernidade. Dessa forma, o positivismo não está superado, assim como também faz parte da base comum a todas as correntes doutrinárias que discutem sobre os aspectos mais peculiares de Teoria do Direito. Ou seja, no veredicto de Bobbio, “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”. Contrariamente, se o método positivista for desconsiderado, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito”<sup>6</sup>.

Não obstante, pode-se mencionar a existência de um positivismo jurídico em sentido estrito, que é composto por uma visão teórica do direito tendo como base alguns elementos-chaves.

Primeiramente, indica-se a presença da coação como um aspecto altamente relacionado ao fenômeno jurídico. Mas, no que se trata do positivismo jurídico, a doutrina da coatividade do direito passou por uma reformulação. Sob a ótica dessa reformulação, a força física passou a ser regulada pelo direito, que pode renunciá-la e continuar existindo<sup>7</sup>. Logo, a coação não é mais um elemento importante para definir se uma norma é jurídica ou não.

No que trata das fontes do direito, para o positivismo jurídico a legislação predomina sobre as outras fontes, como a jurisprudência e o costume.

Outro elemento-chave da construção teórica positivista relaciona-se com a teoria da imperatividade do direito. Para esta teoria a norma jurídica teria a constituição de uma ordem que o soberano dirige aos súditos, “isto é, com a concepção que considera o Estado como única fonte do direito determina a lei como expressão do poder normativo do Estado”<sup>8</sup>.

Porém, o componente mais importante para descrever o positivismo e sua contribuição mais genuína à Teoria do Direito é o conceito de ordenamento jurídico, ou

<sup>6</sup> O positivismo jurídico cit, p. 238.

<sup>7</sup> Consoante o magistério de Norberto Bobbio, em O positivismo jurídico, it., p. 155, “para a teoria clássica, a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.

<sup>8</sup> Cf. Norberto Bobbio, O positivismo jurídico, cit., p. 181.

seja, o direito objetivo constitui-se de um aglomerado de normas que estão integradas logicamente em um sistema, e não somente juntas.

O positivismo jurídico estrito procurou entender o direito como ele é, sem o sujeitar a uma avaliação ideológica ou valorativa. Mas a finalidade não foi atingida plenamente, pois o movimento positivista “parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia”<sup>9</sup>.

Sua decadência é relacionada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, é nítido o retorno dos valores e da ética ao Direito.

Com a superação do jusnaturalismo e o insucesso político do positivismo abriu-se espaço para um conjunto amplo e ainda em discussão de reflexões sobre o Direito, sua interpretação e sua função social. O pós-positivismo procurar ir além da legalidade escrita, sem menosprezar o direito posto; visa realizar uma leitura moral do direito, mas sem empregar categorias metafísicas. O propósito do ordenamento jurídico e sua interpretação devem ser guiados por uma teoria de justiça, sem abrir espaço para personalismo e voluntarismo. Entre as ideias que se desenvolvem nesse paradigma em expansão incluem-se a conferência aos princípios de caráter normativo, e o estabelecimento de suas relações com regras e valores; o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional; a restauração da argumentação jurídica e argumentação lógica; e o surgimento de uma teoria de direitos fundamentais tendo como pilar a dignidade humana. Neste contexto, ocorreu a reaproximação da filosofia e do Direito.

### 2.1.3 Marco teórico

No plano teórico, foram três transformações as responsáveis por revolucionar o conhecimento que se tinha sobre a aplicação do direito constitucional. São elas: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

---

<sup>9</sup> Cf. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, cit., p. 223-224.

### 2.1.3.1 O reconhecimento de força normativa à Constituição

Uma das grandes modificações ocorridas no século XX, foi a norma constitucional adquirir status de norma jurídica. Durante o século XIX predominava o pensamento exposto por Lassalle. De acordo com a sua tese fundamental, as questões constitucionais não podem ser consideradas questões jurídicas, elas devem ser vistas como questões políticas. Pois a Constituição de um país representa as relações de poder nele dominantes. A força ativa que determina as leis e as instituições da sociedade é constituída pelas relações fáticas resultantes da junção desses poderes dominantes. Ou seja, as leis e instituições da sociedade somente manifestam a interdependência de forças que decorrem dos fatores reais de poder. Para Lassalle, a Constituição real é formada por fatores reais de poder, enquanto o documento chamado de Constituição (Constituição jurídica) não passa de um pedaço de papel, só sendo capaz de regular e de motivar quando estiver em sintonia com a Constituição real<sup>10</sup>. Desse jeito, o modelo proposto por Lassalle foi superado, e a Constituição deixou de ser vista como um documento meramente político, uma convocação à atuação dos poderes políticos.

Konrad Hesse foi o precursor da ideia de se reconhecer a força normativa da Constituição. Para o célebre autor, “a ‘Constituição real’ e a ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, porém não dependem, pura e simplesmente, uma da outra”<sup>11</sup>. A Constituição jurídica tem significado próprio, mesmo que não de forma absoluta. Sua aspiração de eficácia é um componente independente no campo de forças que dá origem a realidade do Estado. Na medida em que busca realizar essa aspiração de eficácia, a Constituição adquire força normativa. Essa constatação levou o mencionado autor a fazer indagações sobre “às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida”<sup>12</sup>. A percepção desses limites e dessas possibilidades apenas pode resultar da associação da Constituição jurídica com a realidade.

Sobre os limites da realização da Constituição Hesse acreditava que estes tinham sido explicitados por Wilhelm Humboldt em uma monografia sobre a Constituição

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

<sup>11</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 15.

<sup>12</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 16.



Alemã, de dezembro de 1813. Nesse trabalho Humboldt desenvolveu as seguintes reflexões: “Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”<sup>13</sup>.

Logo, se a Constituição não quiser continuar “eternamente estéril”<sup>14</sup>, ela não deve procurar arquitetar o Estado de forma teórica e abstrata. Ela não busca gerar nada que não esteja determinado na natureza singular do presente.

Simultaneamente, a natureza peculiar e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição são definidas. A norma constitucional apenas procurar atuar se pretende construir o futuro tendo como base a natureza singular do presente. Como exposto por Humboldt, a norma constitucional adquire prestígio e poder, e mostra sua eficácia quando determinada pelo princípio da necessidade.

No entanto, a força normativa da Constituição não se encontra somente na adaptação a uma realidade. A Constituição jurídica logra transformar-se em força ativa, que se consolida na natureza singular do presente. Mesmo não podendo sozinha realizar nada, a Constituição pode impor tarefas. E quando essas tarefas são verdadeiramente realizadas, a Constituição se converte em força ativa. Hesse conclui que “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral (...), não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”<sup>15</sup>.

Três direções distintas dão origem a vontade de Constituição. Alicerça-se no entendimento do valor e da necessidade de uma ordem jurídica inflexível, capaz de proteger o Estado contra o arbítrio excessivo. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constitucional não é somente uma ordem validada pelos fatos, e em decorrência disso ela necessita estar em constante processo de legitimação. Consolida-se, também, na consciência de que essa ordem procura o concurso para vontade humana pra ser eficaz, ou seja, é por meio dos atos de vontade que essa ordem se mantém eficaz.

A força que compõe a eficácia e a essência da Constituição provem da natureza das coisas, conduzindo-a e a transformando-se em força ativa. Decorrem, daí, os seus

---

<sup>13</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 17-18.

<sup>14</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 18

<sup>15</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 19

limites. Da mesma forma, resultam daí os pressupostos responsáveis pelo desenvolvimento da força normativa da Constituição.

Para desenvolver sua força normativa, o conteúdo da Constituição deve se aproximar o máximo possível à natureza singular do presente. A Constituição deve incorporar o estado político de seu tempo, e não somente considerar seus elementos políticos, sociais e econômicos dominantes.

É de igual importância que a Constituição possua condições de se adaptar a uma mudança dessas condicionantes. Ela deve apresentar alguns poucos princípios fundamentais. Os conteúdos específicos desses princípios devem mostrar-se capazes de serem desenvolvidos mesmo diante de características novas geradas em virtude das rápidas mudanças na realidade sócio-política.

Por fim, a Constituição não deve ter uma estrutura unilateral caso deseje manter sua força normativa num mundo onde as mudanças político-sociais são constantes. Com o intuito de preservar a força normativa, deve ser incorporada, com prudência, parte da estrutura contrária.

Hesse afirma “que um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas mantém de sua práxis”<sup>16</sup>. Dentre todos os participantes da vida constitucional, a vontade de Constituição é fundamental.

O ganho com o respeito à Constituição, mesmo nos momentos em que sua observância se revela incômoda, é muito superior aos interesses momentâneos. O que é consubstanciado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas”<sup>17</sup>.

Mostra-se perigosa para a força normativa da Constituição a propensão para a frequente revisão constitucional baseada na alegação de necessidade política. A frequência desses reformas enfraquece a ideia de que a Constituição é inquebrável, debilitando a força normativa.

Finalmente, a interpretação é fundamental para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição. Uma modificação nas relações fáticas pode alterar a interpretação que deve ser dada a Constituição. Para Hesse “a interpretação adequada é

---

<sup>16</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 21.

<sup>17</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 23

aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”<sup>18</sup>. Dessa forma, percebe-se que uma interpretação construtiva, dentro dos seus limites, é sempre possível e necessária. A dinâmica presente na interpretação construtiva é essencial para a força normativa da Constituição e para a sua estabilidade. Caso ela falte, mostra-se inevitável, cedo ou tarde, o rompimento da situação jurídica vigente.

A discussão sobre a força normativa das normas constitucionais só se iniciou no Brasil, de maneira constante, na década de 80. E como já era de se esperar, este debate enfrentou resistências, como as complexidades próprias da efetivação de qualquer ordem jurídica, e os problemas decorrentes do autoritarismo e da insinceridade constitucional. Dessa forma, ficou por conta da Constituição de 1988, assim como da doutrina e jurisprudências que surgiram posteriormente à promulgação da Carta Magna, o rompimento com a posição mais obsoleta.

#### 2.1.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, predominava em grande parte da Europa o modelo de supremacia do Poder Legislativo. Após o final da década de 40, a onda constitucional implementou um novo modelo, baseado na experiência americana: a supremacia da Constituição. Assim os direitos fundamentais foram constitucionalizados e passaram a ser protegidos pelo Judiciário, ficando imunes ao processo político majoritário. Consequentemente, vários países europeus vieram a adotar um controle próprio de constitucionalidade, por meio dos tribunais constitucionais.

No Brasil, o controle incidental existe desde a Constituição Republicana de 1891. O controle pela via principal (abstrato ou concentrado), que se dá pela ação direta, foi introduzido no ordenamento pátrio com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Mas a verdadeira expansão da jurisdição constitucional se deu com a Carta Constitucional de 1988. As principais causas determinantes dessa expansão foram o aumento do direito de propositura, e a criação de novos procedimentos de controle concentrado, como a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>18</sup> Cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p. 23

### 2.1.3.3 A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é um tipo de interpretação jurídica decorrente da condecoração das normas constitucionais como normas jurídicas. Sendo assim, os elementos da interpretação do Direito são utilizados na interpretação constitucional. Ou seja, a interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica são empregadas na interpretação constitucional. Vale lembrar, que os critérios utilizados para solução de conflitos entre normas são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

As particularidades das normas constitucionais fizeram com que a doutrina e a jurisprudência desenvolvem-se uma lista de princípios próprios que primordialmente serão aplicados à interpretação constitucional. Tais princípios são pressupostos metodológicos da aplicação das normas constitucionais. São eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade<sup>19</sup>.

Vale destacar, antes de dar continuidade ao tema, que a interpretação jurídica tradicional não está superada. Pelo contrário, é com ela que são resolvidos a maioria dos casos levados a apreciação do Judiciário. Acontece que os operadores do direito e os teóricos jurídicos notaram que a interpretação tradicional não estava se mostrando eficaz para a solução de um conjunto de problemas relacionados à realização da vontade da Constituição. E, a partir daí, iniciou-se um processo de elaboração da nova interpretação constitucional.

A interpretação jurídica tradicional tem como base a premissa de que a norma deve apresentar abstratamente a solução para determinados problemas e o aplicador do direito deve identificar a norma a ser aplicada para solução do caso concreto.

Com a evolução constitucional, esse sistema não se mostrou tão satisfatório. Observou-se que a solução dos problemas nem sempre era encontrada num preceito abstrato previsto na norma. Também, percebeu-se que o intérprete do direito não deveria

---

<sup>19</sup> V. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2003, p. 44.

somente indicar qual norma se aplicaria ao caso concreto. O intérprete teve sua atuação ampliada, ele passou a participar do processo de criação do direito, acrescentando uma contribuição ao trabalho do legislador, ao realizar escolha entre as soluções possíveis e ao dar sentido às cláusulas abertas.

Para ilustrar as transformações acima referidas, a nova interpretação trabalha com diferentes categorias. Dentre elas, merecem evidência as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

As cláusulas gerais, também conhecidas como conceitos jurídicos indeterminados, possuem termos abertos, que contem um início de definição que deve ser completado pelo intérprete, considerando as condições do caso concreto. A norma em abstrato não pode ser integralmente aplicada pois não contem os elementos para isso. Dessa maneira, ao lidar com os conceitos jurídicos indeterminados o intérprete deve considerar fatores objetivos e subjetivos da realidade fática para determinar o sentido e o alcance da norma.

A distinção dos princípios em relação às normas e o reconhecimento de sua normatividade são características do pós-positivismo. Os princípios não determinam uma determinada conduta a ser seguida, não são como as regras. Eles consagram valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diversos meios. Portanto, aqui também é necessária a discricionariedade do intérprete para determinar o sentido e o alcance dos princípios.

As Constituições modernas são lógicas, possuem bens jurídicos que se contrapõem, que se chocam. Em razão disso, as colisões de normas constitucionais é algo inevitável, é um fenômeno natural. Quando ocorre a colisão em abstrato de duas normas de mesma hierarquia, conclui-se que não possam conceder a solução do problema. Nestes casos, cabe ao intérprete, por meio de sua atuação, elaborar o Direito a ser aplicado no caso.

A existência de colisão de normas constitucionais torna fundamental a existência de ponderação na resolução dessa colisão<sup>20</sup>. Nesta situação, os métodos tradicionais de resolução de conflito entre normas – hierárquico, cronológico e da especialização – não

---

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000, p. 59.

se mostram eficazes. Logo, deve-se aplicar a ponderação de valores, por meio da qual o intérprete fará concessões recíprocas, buscando, dentro do possível, manter cada um dos interesses em disputa. Ou ainda, elegerá qual direito deve prevalecer para que a vontade constitucional seja atendida. O princípio chave nessa atividade é o da razoabilidade.

Para finalizar, fala-se sobre a argumentação, o controle de racionalidade exercido nas decisões proferidas nos casos difíceis, que são aqueles que admitem mais de uma solução possível e razoável. Esses tipos de decisões, onde se faz necessária à atividade criativa do juiz, aumentam a necessidade de fundamentação, pois não se trata de um simples encaixar dos fatos ao preceito normativo. Dentre outras considerações, com a intenção de garantir a racionalidade e a legitimidade da sua interpretação nessas situações, o intérprete deve sempre utilizar uma norma constitucional ou legal como fundamento, deve empregar um fundamento jurídico capaz de ser generalizado em casos semelhantes e deve considerar as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo fático.

## 2.2 Conceito de ativismo judicial

Em diversas áreas da ciência, certas expressões linguísticas possuem uma frágil explicação de seus significados. Contudo, as mesmas assumem forte atração silogística nos meios acadêmicos e de práxis.

Na ciência jurídica não é diferente. Não raras vezes certas terminologias são empregadas em discursos retóricos, que, por sua vez, não possuem o primor técnico de se valer do sentido denotativo das mesmas.

Não obstante, certos conceitos no ramo jurídico são imprecisos ou ao menos de difícil concordância entre os juristas, a começar pelo próprio conceito de Direito.

Desta forma, conceituar um fenômeno novo na ciência é trabalho deveras dificultoso. Porém, no atual estágio do pensamento jurídico brasileiro, há quem já consiga apontar o caminho para a explicação científica do ativismo judicial, contudo, sem haver, ainda, uma definição unânime.

Na dificuldade de definir o tema, o eminente professor Paulo Gustavo Gonet Branco, comenta:

A falta de precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse

pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno, o qual, antes como agora, não se rende à ótica míope com que examinado. Reproduz-se a fantasia do sugestivo conto de Borges, em que o protagonista, um imponderável finório, ao sabor das circunstâncias do auditório que o recebesse, muitas vezes começava com defesa e acaba com confissão, sempre ao serviço das inclinações do povo.<sup>21</sup>

Muito se diz sobre o papel proativo do juiz, porém, tal atividade não se resume na condução dos processos de maneira puramente gerencial, célere ou até mesmo justa com o direito posto. Este *modus operandi* do magistrado, nada mais é do que um dever a ele imposto em razão do cargo que ocupa.

Quando se tem em mente o tema do ativismo judicial, parte-se da lógica de uma postura do magistrado de criação de norma jurídica no momento de pronunciar o mérito para a solução do caso que lhe foi apresentado.

Neste sentido, de acordo com Alexandre Garrido da Silva, citando C. Neal Tate:

o ativismo judicial constitui uma espécie de atitude ou comportamento dos juizes no sentido de “participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”<sup>22</sup>.

Em relação à gênese da norma no caso concreto através da jurisdição, a mesma já era comentada no início do século passado pelo grande jurista italiano Francesco Carnelutti, senão vejamos:

A legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular; ousarei dizer, não trabalha para armazenar, mas por encomenda, sob medida.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> **In As novas faces do ativismo judicial.** Org: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 388.

<sup>22</sup> SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p.57.

<sup>23</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito.** Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999, p. 147.

Neste processo de criação da regra jurídica, o magistrado se vale do vetor axiológico que a Constituição Federal possui como regramento geral e pragmático na vida política, fruto da nova ordem advinda do neoconstitucionalismo.

Sobre esta nova visão constitucional, afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.<sup>24</sup>

Assim, com este novo paradigma vivido no cenário jurídico nacional, continuam os renomados professores, com o brilhantismo que lhes são peculiar:

Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico (...) Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador.<sup>25</sup>

Com efeito, é relegado, então, ao Judiciário um papel fundamental de efetivação do conteúdo exposto, tanto expressamente, quanto implicitamente, na Carta Política. Este é o entendimento do professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento:

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração pelo papel desempenhado por outras instituições como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o

---

<sup>24</sup> *In Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 61-62.

<sup>25</sup> *In opus cit*, p. 62.



neoconstitucionalismo a várias críticas, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular.<sup>26</sup>

Com a força normativa emanada pela Constituição e radiante não só para as leis que lhe são inferiores, mas como também fazendo com que seja considerada como mandamento de otimização aos demais Poderes, é que o juiz possui a incumbência de aplicação da ordem principiológica constitucional, mesmo quando a legislação é omissa.

Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o ativismo judicial só é possível devido a margem de discricionariedade deixada pelo legislador ao julgador, permitindo a este buscar, dentre as fontes de direito existentes a combinação das mesmas unidas com a equidade em prol da efetivação da justiça no caso concreto, criando, de conseguinte, uma nova norma jurídica.

No processo de criação de norma jurídica nas decisões judiciais, perfaz-se a teoria de que o Direito é uma ciência alógrafa. Vale dizer: uma ciência que não existe apenas com o seu autor, senão também com um intérprete.

Sobre o assunto, leciona o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau:

O texto, preceito, enunciado normativo, é alógrafa. Não se completa com o significado dado pelo legislador. A ‘completude’ do texto se realiza só quando o sentido expresso é produzido pela interpretação, como nova forma expressiva. Mas o ‘sentido expresso pelo texto’ é já alguma coisa de novo, distinto do texto. É a norma.<sup>27</sup>

Malgrado este entendimento, a exegese deve ser limitada pelos preceitos constitucionais e legais já existentes, sob pena de trazer insegurança jurídica.

Com efeito, Lenio Streck, valendo-se das lições de Paulo Bonavides, adverte sobre a possibilidade de se estender os limites de hermenêutica judicial: “a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou ‘inventa’ *contra legem* (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciosa à garantia como à certeza das instituições”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> *In As novas faces do ativismo judicial*. Org: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 84.

<sup>27</sup> GRAU, Eros. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Trad. de Elisabetta Albesiano. Milano: Unicopli, 1996, p. 58.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005. p. 88.

O ativismo judicial, assim, cerca-se de participação forte do Judiciário na realização teleológica constitucional, visando pôr em prática os preceitos programáticos da Carta Política de 1988.

É o que ensina, o agora ministro Luis Roberto Barroso: “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>29</sup>.

Destaca, ainda, o nobre ministro, as principais características do ativismo:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>30</sup>.

Mister se faz, portanto, destacar que o ativismo judicial procura aproveitar todas as potencialidades da Carta Maior, sem, contudo, se intrometer no campo de criação do Direito.

O oposto, porém, do ativismo judicial é a auto-contenção judicial. Vale dizer, a conduta na qual o Poder Judiciário tenta reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Dessa forma, os juízes e tribunais: 1) evitam a aplicação direta da Constituição à situações que não se encontram no seu âmbito de incidência expressa, esperando o pronunciamento do legislador ordinário; de outra forma, o Judiciário mantém distância e fica inerte não adentrando no âmbito legislativo; 2) servem-se de critérios conservadores e rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; 3) ocultam-se e se privam de intervir nas definições das políticas públicas, isto é, o judiciário passa a ser uma figura inerte, um mero espectador.

O movimento da auto-contenção predominava na Poder Judiciário brasileiro até o advento da Constituição de 1988.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009. p. 75.

<sup>30</sup> *In opus cit*, p. 75.

Há que ressaltar, por derradeiro, que a principal diferença metodológica entre as duas posições é que o ativismo judicial busca aproveitar ao máximo das potencialidades da Carta Magna, sem com isso adentrar o campo da criação livre do direito. Enquanto que a auto-contenção judicial restringe a incidência da Constituição favorecendo as instâncias tipicamente políticas.

### **3 Considerações finais**

**O presente trabalho observou o fenômeno do ativismo judicial, tema recorrente nos tribunais superiores pátrios, bem como nos campos acadêmicos da ciência jurídica.**

**A Constituição Federal de 1988 trouxe uma carga axiológica muito grande, valorizando de sobremaneira os princípios e os direitos e garantias fundamentais. Porém, para efetivar todo o conteúdo programático desta, todos os poderes da República devem atuar de forma ativa na sociedade.**

**Contudo, pôde se observar que há momentos, não raros, em que o Legislativo e o Executivo se omitem no papel de garantir os direitos e garantias fundamentais. Quando isso ocorre o Judiciário é chamado, através da relação jurídica processual, para atuar nessas omissões.**

**Com certa margem de discricionariedade, dada mesmo pelo legislador e pelo constituinte, o Judiciário, que há décadas vem tendo sua autonomia reforçada, age de forma proativa na consecução dos fins constitucionais.**

**Embora haja críticas ao movimento no pensamento jurídico pátrio, certo é que o ativismo judicial tem se demonstrado como meio alternativo da solução de impasses onde o cidadão pode pleitear, por tal mecanismo, aquilo que as leis e demais atos infraconstitucionais não preveem, porém estão previstos explícita ou implicitamente no texto constitucional, norma maior do Estado Democrático de Direito.**

### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. (trad.). LUIZ, Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto; PERREIRA, Jane dos reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Obrigar a gestação de anencéfalo é torturar a mulher**. <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=8664>. Página visitada em 31 de outubro de 2013.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica e Jurídica Tridimensional**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, Comp. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo** 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOUGLAS, William. **STF quis reescrever a Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

FELLET, André Luiz Fernandes. PAULA, Daniel Giotti. NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2012.

GRAU, Eros. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Trad. de Elisabetta Albesiano. Milano: Unicopli, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre. Sergio Antonio 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/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833), acessado em 31 de outubro de 2013.

MALLET, Estevão. **Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes**. Revista Consulex, nº 11, 1997.

MARTINEZ, Marina. **Anencefalia**. <http://www.infoescola.com/doencas/anencefalia/>. Página visita em 30 de outubro de 2013.

MARTINS, Ives Gandra. **Ativismo judicial no STF**. Disponível em <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Livro XI, Cap. VI *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.

STF, ADI 1969.

STF, ADI 32/RJ.

STF, ADI 4227/DF.

STF, ADI 4274.

STF, ADPF 54.

STF, MS 24.831, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 22-6-2005, Plenário, DJ 4-8-2006.

STF, Pleno, ADI 98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.08.97; DJ 31.10.97; STF, Pleno, ADI 3066, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.04.2004, DJ 28.05.2004.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005

STRECK, Lênio. **Entrevista de Lenio Streck à Carta Forense sobre as súmulas em nosso sistema jurídico**. <http://www.leniostreck.com.br/site/2011/08/25/entrevista-de-lenio-streck-a-carta-forense-sobre-as-sumulas-em-nosso-sistema-juridico/>. Página visitada em 31 de outubro de 2013.

STRECK, Lênio. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em 31 de outubro de 2013.

ZEGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trota, 2008.