

NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Daniel Junior Finger¹

Liana Maria Feix Suski²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONSTITUCIONALISMO. 3 NEOCONSTITUCIONALISMO. 4 ATIVISMO JUDICIAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O artigo em questão guia-se pela dinâmica do constitucionalismo ao longo de uma trajetória histórica importante, marcado por diferentes demandas sociais, políticas e econômicas. Alcança, por fim, o neoconstitucionalismo, cujo reflexo mais expressivo é o ativismo judicial, o qual inaugura um novo paradigma. Para tanto, foram consultadas inúmeras obras bibliográficas de autores renomados, em especial, aos trabalhos do professor Luis Roberto Barroso, além de artigos científicos publicados em meios eletrônicos respeitados. A linha de pesquisa caminhou no sentido da compreensão dos mecanismos introduzidos temporalmente para o alcance da limitação do poder do Estado e construção de uma identidade constitucional sólida e efetiva. Ao se analisar o horizonte contemporâneo, observou-se o esgotamento deste padrão clássico da Constituição e dos deveres do Poder Judiciário como um todo, dando ensejo ao novo direito constitucional, que inaugura uma nova hermenêutica jurídica. Por fim, versou-se sobre o ativismo judicial, movimento que rompe com o positivismo clássico e busca uma efetiva tutela dos direitos fundamentais. Observou-se, então, o reposicionamento da atividade do juiz, o qual passa de um simples aplicador técnico, para um partícipe da criação da norma.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição. Neoconstitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição é um produto do meio histórico a qual se insere, construída sob uma determinada óptica econômica, política e sociocultural específica. Neste diapasão, é fato a permanente busca pela limitação do poder maior do Estado, cujo início remonta aos povos antigos. Essa perspectiva prosseguiu fortemente em solo inglês, insuflando vários movimentos políticos contra o absolutismo real. Conquanto, é com o advento das cartas norte-americana e francesa que o movimento constitucionalista ganha um impulso determinante, a ponto de irradiar-se mundo a fora.

O marco nefrágico do modelo constitucionalista tradicional é, indubitavelmente, a Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, os regimes totalitários promoveram as maiores barbáries e atrocidades humanas, sem que houvesse a

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. E-mail: danieljuniorfinger@yahoo.com.br

² Doutoranda, Mestre e Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, RS. Professora e coordenadora do NUPEDIR – Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da FAI – Faculdades de Itapiranga, SC. Pesquisadora. E-mail: liana.suski@seifai.edu.br.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

insurgência judicial, na medida em que tais ações encontravam amparo na previsão legal.

É, a partir do pós-guerra, que o neconstitucionalismo ganha força. Jungido a um vasto rol de princípios e direitos humanos e fundamentais, propõe uma nova hermenêutica, a qual estabelece a Constituição como o centro de todas as relações jurídicas, ainda que de cunho privado.

Como consequência da nova identidade constitucional, decorre o ativismo judicial, rompendo com o paradigma do juiz “boca da lei”. Agora, ele deixa de ser um mero aplicador da norma ao caso concreto, investindo-se de participante do processo de criação da lei, a fim de melhor tutelar os direitos fundamentais, posto que as normas abstratas não conseguem suprir todas situações do mundo fático.

2 CONSTITUCIONALISMO

O conceito de constitucionalismo pode, genericamente, ser compreendido como um movimento social, político e jurídico, cujo fim maior é o da limitação do poder do Estado através de uma Constituição. A definição deste termo, contudo, é bastante diversificada dentro da doutrina. Nas lições de Pedro Lenza, André Ramos Tavares estabelece quatro sentidos:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.³

Em um contexto histórico deste movimento, a origem formal, segundo Alexandre de Moraes, está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (EUA), de 1787, e da França, de 1791, marcadas por um Estado organizado e com o poder limitado.⁴ Neste horizonte, Juliano Taveira Bernardes vislumbra importantes reflexos:

³ TAVARES, 2007, p.1 *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

[...] podem-se destacar, conjuntamente, os seguintes legados dos constitucionalismos norte-americano e francês: (a) o desenvolvimento dos princípios ingleses relativos aos direitos individuais e à divisão dos poderes (b) a formulação do princípio da ‘soberania nacional’ e (c) a proclamação do princípio da isonomia em referência a estruturas sociais modificadas pela divisão dos agrupamentos humanos em categorias e classes ocupantes de posições jurídicas diversas entre si.⁵

Conquanto as cartas americana e francesa possuam célere destaque dentro da história, o fenômeno é muito mais anterior a estes movimentos. Durante a Antiguidade Clássica, Karl Loewenstein observa um incipiente modelo constitucionalista entre o povo hebreu, na conduta dos profetas em fiscalizar os atos governamentais segundo os textos bíblicos.⁶ Mais tarde, na Grécia Antiga, especialmente em Atenas, havia ações públicas (“*graphe*”) destinadas a controlar os atos do poder público. A mais famosa se chamava *graphe paranomon*, o qual questionava a legalidade dos atos normativos. Trata-se do ancestral mais antigo de controle de constitucionalidade.⁷

O período Medieval, marcado por inúmeras guerras, epidemias e ruralização, foi campo fértil para a instauração de regimes absolutistas, cujos governantes, de acordo com Tavares, eram compreendidos como verdadeiras entidades divinas, enviados de Deus para comandar o aparelho estatal. Suas decisões eram consideradas acima das leis e não se submetiam a qualquer baliza limitante.⁸

Contudo, foi nesta mesma era, na Inglaterra, que o constitucionalismo reaparece como uma corrente que buscava a restrição do poder do Estado. Neste horizonte surge a Magna Carta *Libertatum* de 1215, outorgada pelo rei inglês João I (João Sem Terra) que, nas palavras de Pedro Lenza “[...] representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção de importantes direitos individuais.”⁹

⁵ BERNARDES, Taveira Juliano. **Constitucionalismo, Direito Constitucional e Constituição**. Disponível em: <<https://julianobernardes.jusbrasil.com.br/artigos/121934252/constitucionalismo-direito-constitucional-e-constituicao>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

⁷ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26-27.

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

No decorrer do século XVII, neste mesmo país, consolida-se a supremacia do Parlamento, ao mesmo tempo o modelo constitucionalista, com fulcro no *Petition of Rights* (1628) e nos sistemas políticos implantados após a Revolução Puritana (1648) e a Revolução Gloriosa (1688) – esta, que, por sua vez, concebeu o *Bill of Rights* (1689), documento que, segundo ensina Gilmar Mendes: “[...] o *Bill of Rights* restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar.”¹⁰

Durante a transição da monarquia absolutista para o Estado Liberal, já no final do século XVIII, as ideias contratualistas embasaram um novo modelo constitucional. Locke, Montesquieu e Rousseau são apontados como precursores do constitucionalismo moderno, que delineou um Estado com base na vontade popular, de forma dissociada das explicações teleológicas que até então fundamentavam a titularidade do poder estatal.¹¹

Foi neste mesmo período que nasceu a Constituição norte-americana de 1787, fruto de um pensamento Iluminista, o qual irradiou seu pilar fundamental por toda a América.

Em 1789, a Europa sofre uma profunda reinvenção com o advento da Revolução Francesa, ensejando uma nova ordem constitucional. Edita-se, ainda neste ano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, nasce a primeira constituição formal da Europa, a francesa, cujo preâmbulo era a referida declaração.

É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, a consagração daquelas ideias pós-positivistas propostas na etapa do constitucionalismo moderno (Segunda metade do século XX).¹²

Hoje, fala-se em “totalitarismo constitucional”, na medida em que os textos vêm carregados de forte conteúdo social, estabelecendo normas programáticas.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

¹¹ BERNARDES, Taveira Juliano. **Constitucionalismo, Direito Constitucional e Constituição**. Disponível em: <<https://julianobernardes.jusbrasil.com.br/artigos/121934252/constitucionalismo-direito-constitucional-e-constituicao>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

Essa perspectiva, inclusive, foi consagrada pela Constituição brasileira de 1988.¹³

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo é uma denominação dada por alguns doutrinadores ao novo direito constitucional, a partir da segunda metade do século XX, fruto de mudanças de paradigmas contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais. Desvinculado da ideia unívoca de limitação do poder político, seu objetivo maior é o de garantir maior eficácia à Constituição, principalmente em relação aos direitos fundamentais, e torná-la o centro da hermenêutica jurídica. Muito bem esclarece Dirley da Cunha Junior:

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.¹⁴

Luis Roberto Barroso, em seu trabalho, aponta que o neoconstitucionalismo pode ser identificado por três marcos principais: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Europa Continental, através de um complexo de reformas políticas estruturais do Estado. Na Alemanha, um especial destaque foi a Constituição de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), como assinala Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] já no Preâmbulo da Lei Fundamental foi consignada tanto a ‘consciência da responsabilidade perante Deus e os seres humanos’, quanto a vontade de ‘servir à Paz Mundial’. Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito[...], a

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

¹⁴ DIRLEY JUNIOR, Da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 38.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

afirmação, consignada já no primeiro artigo da Lei Fundamental da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana. Tal afirmação, de resto, foi também manejada como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado [...]¹⁵

Ademais da nova Constituição, a criação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal permitiu uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. Outros destaques neste processo foram a Constituição da Itália de 1947 e a sua Corte Internacional em 1956. Mais tarde, na década de 70, os processos de reconstitucionalização de Portugal e Espanha. Todos estes movimentos estiveram calcados na implantação de um Estado Democrático de Direito¹⁶.

No Brasil, a baliza histórica se deu com a promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, pós-ditadura militar, que ela realizou.¹⁷

O segundo marco do novo constitucionalismo é o filosófico, manifestado pela superação do positivismo do século XX (pós-positivismo). Nesse sentido, complementa Barroso:

Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.¹⁸

¹⁵ SARLET, Wolfgang Ingo; MARINONI Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁸ BARROSO *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito positivado, procurando empreender uma leitura moral do Direito. No conjunto de ideias que se alocam neste paradigma, estão a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional; e a construção de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.¹⁹

No que se refere ao marco teórico, foram três principais alterações: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A ideia de força normativa da Constituição surge com o jurista alemão Konrad Hesse, cujos postulados foram de encontro aos de Ferdinand La Salle – para o qual a Constituição é uma mera folha de papel, uma vez que, segundo ele, sua formação é expressa pelos fatores reais de poder nela existentes, tais como o conjunto de forças políticas, sociais, econômicas, militares e intelectuais. Hesse sustenta que a negação da Constituição jurídica é a negação do direito constitucional, o qual se tornaria uma simples ciência do ser, porquanto se limitaria a justificar as relações de poder dominante. Nesse sentido:

Para Hesse, ainda que de forma limitada, a Constituição contém uma força jurídica própria capaz de ordenar e motivar a vida do Estado e da sociedade porque reproduz o estágio de luta existente entre os múltiplos atores políticos, econômicos e culturais de certa sociedade e que é capaz de refletir uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante certa época histórica. Como corpo normativo fundamental do Estado, a Constituição indica valores, reúne os elementos essenciais e define a estrutura do Estado.²⁰

Desta maneira, sob a premissa da força normativa, a norma constitucional ganha *status* de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade, com as consequências de seu descumprimento, permitindo seu cumprimento forçado. Superou-se, assim, o modelo na qual a carta magna era enxergada como um

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

²⁰ CAMARGO, Nilton Marcelo de. **Konrad Hesse e a Teoria da Força Normativa da Constituição**. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/33/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

documento essencialmente político, trazendo um convite à atuação dos Poderes Públicos.

Quanto à expansão da jurisdição, ao final da década de 40, um novo modelo constitucional vem à tona, inspirado na experiência norte-americana, a da supremacia da Constituição, em substituição à antiga proeminência do Poder Legislativo, que via a lei como expressão da vontade geral. Ensina o professor Luis Roberto Barroso “A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário.”²¹ Inicia-se, a partir de então, em inúmeros países, a adoção de um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associados à criação de Tribunais Constitucionais.

Com o avanço do Direito Constitucional, o modelo clássico de interpretação das normas deixou de ser satisfatório, na medida em que a solução do caso concreto nem sempre encontra correspondência no abstrato texto de lei. Ao cotejar regras com princípios, Barroso conjectura uma nova dogmática da exegese constitucional, não mais circunscrita ao paradigma tradicional. De acordo com o professor:

[...] as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.²²

Neste diapasão, o papel do juiz também é afetado, deixando de ser um mero “boca da lei” para virar um co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer juízos de valor para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297.

²² BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 set. 2017

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

O neoconstitucionalismo, como movimento, irradiou sua influência por todos os campos do Direito. Um dos reflexos mais ilustres é o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que tem como especial destaque o deslocamento do centro gravitacional do direito civil para o constitucional. Neste cenário, a carta maior serve como um filtro axiológico, impondo respeito, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Para Cristiano Chaves de Farias:

Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a Magna Charta verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares, etc.²³

Sobre o tema, acrescenta Maiana Alves Pessoa:

Advirta-se, porém, que a constitucionalização do Direito Civil é muito mais do que estabelecer limites externos à atividade privada. Trata-se da releitura de antigos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão da sua reformulação interna de conteúdo, com uma nova valoração determinada pela Constituição-cidadã.²⁴

4 ATIVISMO JUDICIAL

Tomada a Constituição como o eixo normativo de todas as relações jurídicas, rompe-se o modelo de repartição clássica dos poderes preconizada por Montesquieu. Nessa esfera, ocorre a virtuosa ascensão Poder Judiciário, cumprindo um papel além da análise técnica do caso, passando a completar o trabalho do legislador. Isso acontece, na medida em que, diante de uma sociedade tão complexa em suas relações, a norma em si, abstratamente escrita, não é sempre capaz de dar a devida solução aos conflitos jurídicos. Desta maneira, o ativismo judicial pode ser compreendido como um movimento que propõe dar legitimidade às decisões judiciais, sem que exista necessariamente uma previsão legal expressa. É

²³ FARIAS, de Chaves Cristiano; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 48.

²⁴ PESSOA, Alves Maiana. **O Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8907-8906-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

proveniente da nova hermenêutica constitucional da interpretação dos princípios e das cláusulas abertas. Luis Roberto Barroso explica:

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. 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.²⁵

Na outra face da moeda, existem várias críticas a este reposicionamento do Poder Judiciário. A reprovação se concentra na objeção à legitimidade democrática e no aspecto subjetivo das decisões ativistas.

Ronald Dworkin considera o Ativismo Judicial algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.²⁶

Daniel Souza Sarmiento, sob a mesma óptica, acrescenta:

Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 01 out. 2017.

²⁶ GRANJA, Alexandre Cícero. **O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 01 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível[...]²⁷

Os defensores do Ativismo entendem que é a própria Constituição que confere esta prerrogativa, na medida em que expressamente atribui este poder ao Judiciário. Ademais, sob o prisma filosófico, determina a proteção dos valores e dos direitos fundamentais.

De forma favorável ao Ativismo Judicial, Hélder Fábio Cabral Barbosa postula:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.²⁸

André Ramos Tavares disserta que:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários²⁹

Barroso pontua que as decisões de cunho ativista devem ser eventuais e dentro de momentos históricos determinados.³⁰

Dentro deste cenário, verifica-se também um processo de modernização interna do Estado. Nesta órbita, a produção legislativa, os princípios

²⁷ GRANJA, Alexandre Cícero. **O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 01 out. 2017.

²⁸ GRANJA, Alexandre Cícero. **O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 01 out. 2017.

²⁹ GRANJA, Alexandre Cícero. **O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 01 out. 2017.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 01 out. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

infraconstitucionais e até mesmo o modo de operação das entidades públicas é reinventada para o garantir o respeito aos valores constitucionais.

5 CONCLUSÃO

O constitucionalismo, como um movimento, mostra-se deveras dinâmico, na medida em que aspira para seu âmago as demandas mais latentes de um corpo social. Foi, historicamente, arquitetado sob a premissa de limitar o poder do Estado e evitar os atos abusivos e a intromissão na vida privada. Entretanto, após o final da Segunda Guerra Mundial, deu-se conta do esgotamento deste padrão tradicional, que não conseguia mais tutelar com eficiência os direitos humanos e fundamentais.

O neoconstitucionalismo, fruto do pós-positivismo, inaugura uma nova era dentro dos sistemas jurídicos. Agora, a Constituição detém a supremacia perante todas as demais legislações, subordinando, inclusive, o direito privado. Neste cenário, a figura do juiz é substancialmente modificada, o qual deixa de ser um mero aplicador técnico para ser um participante do processo de criação da norma jurídica – dá-se a isso o nome de ativismo judicial.

Em que pese as críticas por parte doutrinária, faz-se necessário observar o importante papel desempenhado pelo fenômeno ativista, uma vez que a disposição de lei, por si só, não mais consegue atender a todos os casos, dado a complexidade social contemporânea. Desta maneira, com um Poder Judiciário proeminente, muitas das mazelas sociais, oriundas de um processo legislativo falho e omissivo, consegue ser contornado e efetivado.

Faz-se, também, necessário frisar o salutar processo de modernização que o novo direito constitucional propicia aos Estados. Neste sentido, a confecção legislativa, os princípios infraconstitucionais e até mesmo o modo de atuação das entidades públicas acaba reorientada para o melhor salvaguardo dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BERNARDES, Taveira Juliano. **Constitucionalismo, Direito Constitucional e Constituição**. Disponível em: <<https://julianobernardes.jusbrasil.com.br/artigos/121934252/constitucionalismo-direito-constitucional-e-constituicao>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Nilton Marcelo de. **Konrad Hesse e a Teoria da Força Normativa da Constituição**. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/33/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

DIRLEY JUNIOR, Da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, de Chaves Cristiano; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRANJA, Alexandre Cícero. **O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 01 out. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PESSOA, Alves Maiana. **O Direito Civil Constitucional**. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8907-8906-1-PB.pdf>>.
Acesso em: 01 out. 2017.

SARLET, Wolfgang Ingo; MARINONI Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.